

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES JUGEMENTS PAR DÉFAUT

Étude critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

René GODARD

Avoué près le Tribunal Civil de La Rochelle

LA ROCHELLE

LIBRAIRIE-IMPRIMERIE DU PALAIS, A. FOUCHER

1 et 17, rue du Palais

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES JUGEMENTS PAR DÉFAUT

Etude critique

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le 17 Janvier 1911, à une heure et demie

PAR

René GODARD

Avoué près le Tribunal Civil de La Rochelle



Président : M. TISSIER.

Suffragants

*{ MM. BARTIN,
WAHL,*

{ Professeurs.

LA ROCHELLE

LIBRAIRIE-IMPRIMERIE DU PALAIS, A. FOUCHER

1 et 17, rue du Palais

1911

ERRATA

Page 17, ligne 12. — Lire *Rachimbourg* au lieu de Rochimbourg.

Page 20, ligne 1. — Lire *exoïne* au lieu de *invini*.

Page 32, ligne 1. — Lire *en quatre parties* au lieu d'en trois parties.

— ligne 6. — Ajouter *4° de l'opposition*.

Page 40, Note 1. — Lire *Locré* au lieu de Loiré.

Page 64, ligne 20. — Lire *signification* au lieu de assignation.

— ligne 21. — Lire *156* au lieu de 136.

Page 88, ligne 9. — Lire *les ayant mises* au lieu de les ayant mis.

Page 118, ligne 5. — Lire *exercées* au lieu de encreées.

— ligne 6. — Supprimer *de procédure*.

Page 127, ligne 10. — Lire *législation* au lieu de législature.

DES JUGEMENTS PAR DÉFAUT

Étude critique

INTRODUCTION

Le titre du Code de 1806 sur la procédure par défaut est un de ceux qui ont donné cours aux discussions les plus nombreuses. Il est complexe et confus, crée des situations fort pénibles pour les justiciables, les laisse parfois même dans l'impossibilité d'exécuter les sentences que les Tribunaux ont prononcées en leur faveur.

De nombreux ouvrages ont été déjà publiés sur la procédure par défaut et sur l'opposition ; ils ont étudié avec soin les textes du Code, les ont interprétés, ont cherché à trancher les difficultés qu'ils soulevaient. Ils ont analysé également les solutions que la jurisprudence a pu tirer de la loi dans la pratique.

Ce n'est pas une étude semblable que nous nous proposons de faire ; acceptant l'interprétation du

Code telle qu'elle ressort des recherches faites par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, nous nous efforcerons de mettre en lumière les inconvénients des règles adoptées par le législateur de 1806.

Nous basant sur les opinions de certains auteurs sur les travaux législatifs français ou étrangers, nous rechercherons également si des modifications intéressantes et utiles ne pourraient être apportées aux règles existantes.

Nous limiterons notre étude à la procédure par défaut devant les Tribunaux civils de première instance, nous n'étudierons les règles suivies devant les juridictions d'exception que lorsque cette étude servira à la critique des juridictions ordinaires.

Nous ne ferons pas une étude complète et détaillée de l'histoire de la procédure par défaut, nous utiliserons simplement les recherches déjà faites en cette matière, pour nous rendre compte des progrès apportés par le législateur de 1806.

TITRE I

Définition du jugement par défaut

Le défaut, en matière de procédure, est le fait pour une des parties à un procès de ne pas se présenter dans l'instance ou de se présenter sans prendre aucune part au débat.

Il est nécessaire, pour qu'un jugement soit considéré comme contradictoire, que toutes les parties fassent non seulement acte de présence, mais encore exposent leurs moyens. Est défaillant quiconque se présente en fait devant le juge, mais garde le silence, *nihil dicit* (1), il est considéré comme un absent.

Cette définition nous laisse donc entrevoir deux moyens de faire défaut.

Le premier consiste dans le fait de ne pas se présenter ; nous devons toutefois faire observer que l'expression « se présenter » doit être prise ici dans un très large sens. Si elle est littéralement exacte pour les instances pendantes devant le Juge de Paix ou devant le Tribunal de Com-

(1) Boncenne, *Procédure civile*, vol. III, chap. ix.

merce, (les parties devant alors comparaître elles-mêmes ou par mandataires), elle a besoin d'être interprétée devant les tribunaux ordinaires de première instance ou d'appel. Les justiciables ne peuvent, devant ces juridictions, postuler eux-mêmes, mais par l'intermédiaire d'un avoué; se présenter signifie donc alors constituer un avoué.

Ce défaut constitue le défaut faute de comparaître.

Le second moyen de faire défaut consiste pour une partie dans le fait de rester muette malgré sa présence à la barre, de refuser d'exposer ses moyens aux juges, de déposer ses conclusions écrites et de plaider. C'est le défaut faute de conclure.

Les jugements par défaut sont, dans notre système de procédure, des décisions provisoires qui peuvent être mises à néant par le défaillant, au moyen de la procédure d'opposition; cette procédure doit être mise en mouvement dans un certain laps de temps qui varie selon les circonstances. Passé ce délai sans réveil du défaillant, les décisions deviennent définitives, ou, ce qui est plus exact, sont considérées comme des jugements ordinaires et soumis aux mêmes voies de recours (1) que ceux-ci.

(1) Raoul de la Grasserie, *Etude critique sur le projet de révision du Code de procédure civile de 1898 et sur la réforme de la procédure. Extrait des lois nouvelles*, n° 53.

L'opposition est « une voie de recours ordinaire ouverte en principe à tout défaillant contre le jugement qui lui porte préjudice et par laquelle il revient devant le Tribunal qui a rendu ce jugement pour le prier de le rétracter » (1).

L'opposition fait donc revenir l'affaire devant le Tribunal qui a rendu le premier jugement ; toutefois il n'est pas nécessaire que les mêmes juges qui ont siégé la première fois siègent également la seconde fois, une autre chambre même peut juger sur l'opposition pourvu qu'elle appartienne au même Tribunal (2).

Le titre VIII du livre 2 de la 1^{re} partie du Code de procédure civile, sur la procédure par défaut et l'opposition est certainement le plus discuté de notre Code et malgré les louanges que lui adressa en 1855 M. Regnard, de tous côtés on lui livre l'assaut. Si ce dernier ne voit aucune amélioration à apporter au système adopté par le législateur de 1806 (3), sauf peut-être dans la rédaction parfois un peu obscure à son avis, presque tous les auteurs (4) et législateurs

(1) Garsonnet, *Traité de procédure*, t. II, § 2221. — Duparquet, *L'opposition*, p. 38.

(2) Glasson, *op. cit.*, t. I, p. 442.

(3) Regnard, *Organisation judiciaire et de la Procédure civile en France*.

(4) Boncenne, *Procédure civile*, l. III, ch. ix. — Bordeaux, *Philosophie de la Procédure*, ch. XVIII, p. 519. — Glassin, *Réforme de la Procédure*, p. 239.

étrangers (1) l'attaquent violemment : « Il est peu de dispositions qui aient été plus favorables à la chicane, les jugements par défaut suivis d'opposition n'étaient amenés 99 fois sur cent que par défection calculée d'un débiteur aux abois », déclare M. Allard dans l'exposé des motifs de son Code de procédure belge, et il conclut à la suppression pure et simple de la procédure par défaut ou du moins de l'opposition qui en est la conséquence (2).

M. Bordeaux y voit un moyen d'obtenir des délais et de « vexer et fatiguer un adversaire que l'on sait avoir le bon droit ». (3).

Tous les Codes étrangers promulgués depuis 1806 ont apporté au titre dont nous nous occupons de profondes modifications ; le législateur français a du reste montré à plusieurs reprises son intention de le réformer (4) le projet du Code de procédure de 1894, repris en 1898, malheureux projet destiné à l'oubli éternel dans les cartons de la Chambre des députés, avait lui aussi réduit les faveurs jusque-là trop largement accordées au défaillant, mais malgré le progrès sensible

(1) De Rolland, *Projet de réforme du Code de Procédure civile de Monaco*, p. 152.

(2) Allard, *Projet de réforme du Code de Procédure belge*.

(3) Bordeaux, p. 519.

(4) Riché, *Rapport sur le projet de loi relative à l'ordre, 1858* « applaudissons au projet qui n'admet pas l'opposition ».

qu'il apportait en cette matière, il a été jugé timide par plusieurs auteurs (1).

La procédure par défaut telle qu'elle existe en France depuis le Code de 1806, depuis 1667, peut-on même dire, entraîne des lenteurs et des frais inouïs, et si nous ne préconisons pas un remède aussi radical que M. Allard, il nous est impossible cependant de nous joindre à M. Regnard pour chanter la louange de ce titre, très vénérable il est vrai, par son antiquité.

Chaque fois que le législateur a voulu donner à la procédure plus de rapidité et plus de simplicité, il a supprimé purement et simplement l'opposition. C'est ce que nous voyons dans l'expropriation pour cause d'utilité publique (2) aussi bien pour le jugement qui prononce l'expropriation que pour l'ordonnance fixant l'indemnité après délibération du jury, les jugements incidents dans la procédure immobilière (3), la procédure de partage et de licitation (4), la folle enchère (5), l'ordre (6), les jugements et arrêts par défaut rejetant l'opposition à mariage (7).

(1) Tissier, *Centenaire du Code de Procédure* ; *Revue trimestrielle du droit civil*, 1906, p. 643. — De Rolland, *op. cit.*, p. 154.

(2) Loi du 3 mai 1841.

(3) Glasson, *Précis de procédure civile*, t. II, p. 347, C. P. C., art. 731.

(4) Art. 969 et 973, C. P. C.

(5) Art. 7, 3, 9, C. P. C.

(6) Art. 7, 6, 2, C. P. C., loi du 21 mai 1858. — Pruhi, *op. cit.*, p. 61.

(7) Art. 1148, C. C.

En d'autres matières le législateur a dérogé aux règles générales pour créer des procédures particulières, il en est ainsi pour les jugements de séparation de biens (1), ceux de divorce (2) et de séparation de corps (3), les saisies-arrêts des petits salaires (4), les accidents du travail (5).

Les critiques qui peuvent être adressées à la procédure par défaut, diffèrent suivant qu'il s'agit du défaut faute de comparaître ou du défaut faute de conclure, nous étudierons donc dans deux titres différents ces deux modes de faire défaut.

(1) Art. 1148, C. C.

(2) Art. 247, C. C.

(3) Art. 308, C. C., modifié par la loi du 14 juillet 1909.

(4) Loi du 12 janvier 1895, art. 10.

(5) Loi du 9 avril 1898, art. 17. ²

TITRE II

Défaut faute de comparaître

CHAPITRE I^{er}

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE DÉFAUT FAUTE DE COMPARAITRE

Le défaut faute de comparaître, nous l'avons vu dans la définition générale, consiste pour une partie à un procès dans le fait de ne pas se présenter dans l'instance.

Le défendeur assigné ou cité peut certes s'abstenir de répondre à la demande qui lui est faite de se présenter, au jour indiqué, devant les juges qui lui sont fixés, mais lorsqu'il s'agit du demandeur, la question est plus délicate ; peut-il ne pas comparaître ?

Certains auteurs le prétendent, du moins en ce qui concerne les demandes portées devant les juridictions ordinaires (1), mais la plupart des auteurs et la jurisprudence refusent en toutes matières au demandeur le défaut faute de com-

(1) Carré, t. II, n° 616.

paraître, c'est à l'opinion de ces derniers que nous nous rallions.

Pour être présent dans un procès, il faut témoigner sa présence, non pas à l'audience même où l'affaire est discutée, mais dans un acte de procédure antérieur à cette audience. L'instance n'est mise en mouvement que par l'exploit d'ajournement qui porte à la connaissance d'un individu la volonté du demandeur d'agir contre lui ; au moment où il émet cette volonté, le demandeur est obligatoirement présent ; il lui est impossible dans l'avenir de faire défaut faute de comparaître, puisqu'il introduit l'instance ; il est présent dès qu'il a fait délaisser une assignation.

Devant le Tribunal de première instance, ou la Cour d'appel, une difficulté se présente, les parties ne pouvant postuler en personne doivent se faire représenter par un avoué. L'exploit d'ajournement doit contenir constitution d'avoué sous peine de nullité, nous pouvons donc dire qu'à défaut de cette constitution l'instance n'est pas ouverte, le demandeur ne comparaît pas, mais sa non comparution constitue une nullité, il ne peut être question ici de la procédure par défaut.

Supposons d'autre part que la constitution d'avoué a été régulièrement faite, mais que dans la suite l'avoué constitué refuse d'occuper pour

le demandeur ; plusieurs solutions se trouvent en présence : d'après M. Carré, la constitution doit être considérée comme non existante, le mandat *ad lites* n'ayant pas été accepté, le contrat n'est pas parfait et ne peut entraîner aucun effet, le demandeur ne comparaît pas ; il est jugé par défaut faute de comparaître (1).

Cette solution est repoussée par de nombreux auteurs (2), le mandat *ad lites* à la différence du contrat *ad negotia* n'a pas besoin d'être accepté pour être valable à l'égard du défendeur, mais par extension de l'article 75 du Code de procédure, l'avoué primitivement constitué reste tel aux yeux de l'adversaire malgré son refus de postuler ; nous pensons du reste que, même en niant l'extension de l'article 75 à la constitution du demandeur, sa non comparution ne peut faire l'objet d'un défaut faute de comparaître. Si le refus de postuler de l'avoué entraîne la non comparution du demandeur, son effet entraîne également l'anéantissement de l'instance commencée ; le demandeur n'ayant pas comparu n'a pu introduire une action, la seule arme réservée au défendeur contre son adversaire n'est pas le jugement par défaut, mais une action en dommages-intérêts pour préjudice causé, qu'il devra introduire

(1) Carré, t. II, n° 616.

(2) Chauveau sous Carré, t. II, n° 616. — Bioche, *Dictionnaire Jugement par défaut*, n° 61. — Garsonnet, t. VI, n° 2197.

devant le Tribunal par un exploit d'ajournement régulier.

La rédaction de l'article 154 est cependant telle qu'elle semble nous démentir, le défendeur peut prendre défaut « contre le demandeur qui ne comparaitrait pas » ; il y a là, de l'avis des auteurs dont nous suivons la thèse, une erreur ou du moins une impropriété de langage, le mot comparaître est employé ici pour conclure (1).

Devant les juridictions d'exception, juge de paix, conseil de prud'hommes et tribunal de commerce, la même difficulté ne se présente pas, la nécessité de la constitution d'avoué n'existant pas, cependant un argument de texte peut nous être objecté ; l'article 434 sur la procédure commerciale permet au défendeur de prendre défaut contre son adversaire « s'il ne se présente pas ». Là encore nous devons prendre le mot se présenter dans le même sens que pour l'article 154, déposer des conclusions à la barre.

Le défendeur est régulièrement assigné à comparaître devant le Tribunal de première instance, les délais de comparution sont expirés ou le jour fixé par l'exploit d'ajournement est arrivé, la cause est appelée à l'audience, aucun avoué ne se présente pour lui ; il est cité ou assigné devant une juridiction d'exception, la cause est appelée sans qu'il compareisse lui-même, ou par un man-

(1) Garsonnet, 2^e édit., t. VI, § 2197. — Glasson, t. I, p. 438.

dataire ayant un pouvoir régulier ; le Tribunal se trouve en présence d'une demande en apparence non contestée, une seule des parties, le demandeur, expose ses prétentions sans être contredit ; que doit faire le Tribunal ?

L'absence du défendeur, malgré tout le désavantage qui pèse sur lui, ne peut cependant entraver la marche de la justice, le silence serait un moyen trop facile de se soustraire à ses obligations ; à aucune époque de l'histoire, le défaut du défendeur n'a mis obstacle complètement à l'exercice des droits du comparant.

Chez les Romains sous les systèmes respectifs des *legis actiones* et de la procédure formulaire, le défaut n'existait pas *in jure*, l'instance ne pouvait être liée sans la présence des deux parties, en raison de ce principe qui n'est plus contesté et qui est exprimé dans un texte de Cicéron, même dans les affaires d'argent un citoyen ne peut être jugé autrement que par un juré de son choix (1).

Comme corollaire à ce principe, il fallut créer une obligation pour le défendeur de prendre part à la *litis contestatio*, véritable contrat judiciaire et dans ce but créer contre les résistances passives des moyens de coercition ; à l'origine le demandeur avait le droit de traîner par la force son adver-

(1) *Pro clientio* 43. *Neminem voluerunt majores nostri non modo de inestimatione cujusquam, sed de pecuniaria qui dem de re minima esse judicem nisi qui inter adversarios convenisset.*

saire devant le magistrat ; mais s'il se cache, ne sort pas de sa maison, lieu inviolable, ou s'il fuit hors de Rome le magistrat envoie le demandeur en possession de tous ses biens, ce n'est là qu'une détention précaire à laquelle le défendeur mettra fin en comparaisant et remboursant les frais exposés par sa coutumace.

Sous la procédure formulaire cette *missio in possessionem* aboutit après un certain délai à la *venditio bonorum*. Tous les biens du débiteur sont adjugés à un seul acquéreur « *bonorum emptor* ». Mais ce n'est pas encore là une voie d'exécution, c'est un moyen détourné de lier l'instance en mettant au lieu et place du défaillant un individu qui prendra part à l'instance comme défendeur (1).

De cet exposé rapide, il nous est permis de déduire que pendant ces deux périodes de procédure romaine, il y a obligation pour le défendeur de comparaître devant le magistrat *in jure*.

Si le défendeur présent donne son concours à la *litis contestatio*, mais se refuse dans la suite à se présenter devant le juge au jour fixé pour les débats, ce dernier attend jusqu'à midi ; passée cette heure, il adjuge au demandeur ses conclusions. Le défendeur a émis dans la *litis contestatio* sa volonté d'accepter le jugement qui sera rendu

(1) Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 138.

(2) Girart. *Précis de droit Romain*, p. 1017. — Cuq, p. 747.

par un juge de son choix, s'il n'apporte pas à celui-ci les explications nécessaires à sa défense, son silence n'est considéré que comme un acquiescement à la demande (1).

Dans cette deuxième phase de la procédure, la comparution n'est plus un devoir pour le défendeur, mais un droit.

Sous la procédure extraordinaire, le défaut proprement dit fait son apparition; sur la requête de la partie intéressée, le magistrat appelle l'adversaire devant lui (*evocatio*) par *denuntiatio litteris* ou *edicto*; si la forme *litteris* est employée, l'huissier chargé de délivrer la citation, étant responsable de la comparution du défendeur, l'amène par force devant le magistrat, s'il se refuse à donner caution (2). Si la *denuntiatio* est faite *edicto* et que le défendeur soit absent ou se cache, qu'au jour indiqué il ne se présente pas, on le cite à nouveau par trois édits successifs de dix jours en dix jours, si le dernier édit reste sans réponse vient l'édit péremptoire l'avertissant qu'à défaut par lui de comparaître, il sera jugé sans nouvel avertissement et malgré son absence. Dix jours après cet édit, le jugement est rendu par

(1) M. Jobbé Duval à son cours.

(2) Cuq, *Institutions juridiques*, t. II. p. 876. — *Ulp. ad Ed.* D. II. 5, 2, 1. — Nov. 53, 4 pr. — Girard, à son cours de *Pandectes*.

défaut, mais après examen de la cause, le jugement n'est pas nécessairement prononcé contre le défaillant.

Dans cette période nous trouvons encore l'obligation pour le défendeur de se présenter en justice, puisque, si on le trouve chez lui, il est traîné de force devant le juge ; mais, s'il est impossible de le retrouver, on se passe de son concours, l'affaire est examinée au fond, le jugement est, en principe, aussi définitif qu'un jugement contradictoire, il peut être toutefois, en certains cas déterminés, nul, susceptible d'appel ou même de *restitutio in integrum*.

Cette obligation de comparaître que nous avons rencontrée dans la procédure Romaine, fort atténuée, il est vrai, dans la dernière période du droit, renaît avec toute sa force primitive dans notre ancien Droit français (1).

« Les anciennes procédures n'admettent pas
« les condamnations par défaut, la procédure féo-
« dale les ignore encore. Pour qu'une sentence
« intervienne, il faut que les parties aient com-
« paru et lié l'instance par une manifestation for-
« melle de leur volonté, mais si le défendeur
« refuse son concours, on le met hors la loi, ou

(1) Glasson, *Histoire du Droit*, t. III, p. 390.

« tout au moins on saisit ses biens et on les
« confisque (1). »

Sous la loi salique, on se borne à réprimer la contumace, mais on ne rend pas encore justice, le défaut de la partie empêche de prononcer le jugement devant le Tribunal du Tonginus; après plusieurs ajournements, dont chacun entraîne pour le contumace une amende de quinze sous, le créancier est envoyé en possession de ses biens (2) dont il devient, après une sommation faite au domicile du débiteur par le graf, accompagné de 7 rochembourgs, propriétaire jusqu'à concurrence du montant de la dette.

En cas de délit la loi fait une distinction. Si le délinquant a promis de se soumettre à la condamnation, on applique la règle précédente, si au contraire il refuse cette promesse après avoir été condamné, ou s'il se refuse à comparaître après l'ajournement effectué par *mannilio*, il est déclaré hors la loi, ce qui entraîne pour lui la confiscation de ses biens (3). Le demandeur qui ne comparait pas était condamné à une amende (4).

(1) Esmein, *La chose jugée dans la monarchie franque. — Revue usuelle du droit historique*, t. XI, 1887, p. 547.

(2) Glasson, *Histoire du Droit*, t. III, p. 394.

(3) Glasson, *Histoire du Droit*, p. 424.

(4) Glasson, *Histoire du Droit*, p. 409.

La Loi Ripuaire et l'Edit de Chilpéric apportent de légères modifications à ces règles. La mise hors la loi n'est plus prononcée qu'au cas de fuite ou d'insolvabilité du défendeur ; mais au cas de contumace le demandeur peut demander au comte l'exécution directe sur les meubles. L'ajournement par *mannitio* qui appartenait au droit pénal est étendu à la procédure civile, il émane du demandeur lui-même ; les ajournements sont encore nombreux, ils entraînent une amende, mais n'aboutissent pas plus qu'auparavant à un jugement par défaut (1).

Sous les Carolingiens la procédure par défaut subit d'importants changements ; l'amende de quinze sous reste toujours due, à moins de faire valoir une excuse par un messenger ; au cas de refus de comparaître par le défendeur, la justice prononce la main-mise sur ses biens. Cette situation n'est que provisoire si le défendeur consent à comparaître dans l'année, il est immédiatement remis en possession de son patrimoine. Une fois ce délai expiré, les biens du défendeur restent définitivement acquis par le fisc. Celui-ci se trouve alors substitué au défendeur, c'est ainsi qu'il peut répondre à l'action intentée par le demandeur. Si le demandeur établit le bien fondé de ses prétentions, c'est le fisc qui exécute la sen-

(1) Duparquet, *L'opposition*, thèse 1896, p. 3 et suiv.

tence sur les meubles et même sur les immeubles du contumace (1).

La période féodale, malgré la confusion qui règne à cette époque, marque un progrès sensible sur la période précédente, et tend à se rapprocher du troisième état de la Procédure Romaine. Auparavant le défaut met obstacle à la justice, maintenant le demandeur peut, malgré la contumace de son adversaire, obtenir un jugement contre lui. Le principe est encore à l'époque féodale l'obligation pour le défendeur de comparaître devant ses juges, et le défaut est tenu comme une injure faite à la justice, et réprimé comme telle (2). Deux moyens, il est vrai, lui permettent de se soustraire aisément aux conséquences de sa contumace.

1° Il peut, à trois reprises, obtenir la remise de la première comparution, par une simple déclaration appelée « *contremand* », faite la veille du jour où il doit se présenter devant les juges, il n'a nullement besoin de la motiver, mais nous devons ajouter que les contremands ne tardèrent pas à disparaître ;

2° Il peut, en tout état de cause, obtenir une excuse en cas d'empêchement légitime justifié

(1) Glasson, *Histoire du Droit*, p. 454.

(2) Glasson, *Sources de la Procédure*, p. 45.

par un écrit, appelé *invini*. Mais, si le jour définitivement fixé, il ne se présente pas, le juge l'attend jusqu'au soir et prononce une amende contre lui.

A cette époque encore l'assignation primitive doit être réitérée plusieurs fois avant le jugement (1).

Quant aux conséquences du défaut, des distinctions compliquées s'introduisirent sous l'influence du Droit Romain entre les actions mobilières et immobilières.

1° En matière immobilière, les deux premiers défauts entraînent comme peine, à l'encontre du défaillant, le paiement des frais, le troisième défaut fait prononcer contre lui un jugement « *ad videndum adjudicare utilitatem defectus* » ; le demandeur n'obtient toutefois gain de cause que s'il prouve son bon droit ;

2° En matière personnelle et mobilière, le premier défaut fait perdre au défendeur le droit d'opposer ses exceptions déclinatoires, le deuxième ses exceptions dilatoires et le troisième ses exceptions péremptoires ; le jugement ne prononce toutefois une condamnation que si, comme en matière immobilière, le demandeur fait sa preuve.

(1) Glasson, *Sources de la procédure*, p. 44.

L'opposition aux jugements par défaut n'existe qu'en germe à cette époque, sans qu'on puisse en déterminer les règles précises.

Le droit canonique, en cette matière, reproduit fidèlement le Droit Romain des deux premières périodes, les *legis actiones* et la procédure formulaire (1) ; la division en deux phases *in jure* et *in judicio* se retrouve ici avec toutes ses conséquences ; la présence des deux parties à la *litis contestatio* est toujours nécessaire, ce qui rend impossible *in jure* la procédure par défaut, le juge ne peut donc que chercher à obtenir la comparution du défendeur par des moyens de coercition.

Comme à Rome, le juge peut, en cas de contumace du défendeur, accorder au demandeur la *missio in possessionem* qui n'est, en matière réelle, qu'une simple détention précaire de la chose litigieuse ; le demandeur n'en gagne pas les fruits et il doit la restituer à son adversaire s'il se présente dans l'année, paie les frais et les impenses nécessaires ; mais, après une année écoulée sans son retour, la *missio in possessionem* se transforme en une véritable possession qui donne au demandeur le rôle de défendeur dans l'instance.

En matière personnelle, le « soumis » ne peut obtenir la *missio in possessionem* que d'une partie des biens du contumax, après un certain délai

(1) Fournier, *Officialités au moyen âge*.

que l'on ne peut déterminer comme en matière réelle. Cette détention se transforme à la suite d'un second décret du juge en une véritable possession, et lorsque la dette est liquide, le demandeur peut même se faire attribuer en propriété une partie des biens ou du moins en exiger la vente.

Cette méthode très simple en Droit Romain se heurte en droit canonique à des difficultés. D'une part, les juges d'Eglise n'étaient pas admis à saisir les immeubles ni même les meubles laïques ; d'autre part, dans les causes spirituelles l'envoi en possession n'était plus applicable. Mais à côté de ces moyens de contrainte, le droit canonique possédait les peines spirituelles qui pouvaient être appliquées en toutes matières, c'étaient l'amende, la suspension, la privation de bénéfice et même l'excommunication.

Après la *litis contestatio*, si le défendeur ne se présente pas et si l'affaire est suffisamment instruite, le juge prononce sa sentence définitive ; si, au contraire, l'instruction n'est pas suffisante, il constitue le demandeur véritable possesseur de la chose litigieuse, ou de tout ou partie des biens du défaillant, selon qu'il s'agit d'une action personnelle ou réelle.

Sous la Monarchie absolue nous ne trouvons, jusqu'à l'ordonnance de 1667, que quelques or-

donnances traitant des points de détail dont la plus importante est celle de 1589 appelée ordonnance de Villers-Cotterets ; elle limite à deux les ajournements que la pratique multipliait autrefois (1), mais toutefois les juges lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à personne et « s'ils voient que la matière y fut disposée » (2), peuvent ordonner une nouvelle réassignation. Nous retrouvons cette disposition dans le projet de réforme du Code de procédure de 1898 (3). Dans cette ordonnance nous voyons également faire son apparition le principe de la justification par le demandeur de ses conclusions s'il veut qu'elles lui soient adjugées.

Cette ordonnance refuse l'appel au contumace lorsque des éléments de la cause il résulte que c'est à dessein qu'il s'est soustrait à la justice.

L'opposition au jugement par défaut n'apparaît pas encore du moins dans la loi, avant 1667, bien que l'expression commençât à être usitée vers le quinzième siècle. On entendait par là toute protestation à un acte quelconque du Tribunal ou d'un de ses membres et même aux actes d'exécution.

L'ordonnance de 1667 apporta dans la procé-

(1) *Ordonnance d'août 1539*, art. 24. — Isambert, t. XII, p. 600.

(2) *Ibid.*

(3) *Id.*, art. 27.

dure des réformes importantes, elle commença notamment par renforcer l'œuvre de 1539 en ne laissant subsister qu'un seul ajournement qui devint péremptoire (1). Elle enleva même aux juges la faculté d'autoriser un nouvel ajournement, la pratique ayant su tirer un trop bon parti de ce moyen. Par contre l'ordonnance ne toucha pas à la multitude des défauts qui existaient avant elle, défaut faute de constituer procureur, faute de défenses et faute de plaider.

Le défendeur doit constituer procureur dans dans le délai légal qui varie entre huit et quinze jours suivant le domicile (2). Sinon, à l'expiration de ce délai, le demandeur prend défaut au greffe des présentations, sauf devant les juridictions inférieures qui ne connaissent pas ce greffe. Huitaine après cette prise de défaut (3), il demande aux juges, sur le certificat du greffier, l'adjudication des conclusions à son profit ; ce qui ne lui est accordé du reste que si sa demande est juste et bien vérifiée (4). Le défendeur est admis à présenter procureur jusqu'au moment du jugement qui devient ainsi contradictoire. Si même la comparution a lieu après le prononcé du jugement par défaut, mais, à l'audience où il a été

(1) *Ordonnance de 1667*, t. V, art. 2.

(2) Pothier, *Procédure civile*, n° 214.

(3) *Ordonnance de 1667*, t. XI, art. 3.

(4) *Id.*, t. XI, art. 3.

rendu, le défaillant peut faire rabattre son défaut (1).

C'est l'ordonnance de 1667 qui pour la première fois régla l'opposition. Elle accorda cette voie de recours seulement à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort, mais la refusa aux jugements susceptibles d'appel ; il est vrai que la pratique tourna la difficulté pour l'ouvrir à tous les jugements par défaut. Les dispositions de la loi furent néanmoins respectées pour les jugements par forclusion dans la procédure par écrit, ceux rendus sur délibérés.

Le délai d'opposition était de huitaine du jour de la signification du jugement (2) ; l'usage admit bientôt pour les jugements susceptibles d'appel, le défaillant à faire appel dans la huitaine de la signification et à convertir son appel en opposition (3).

De cette étude rapide du droit ancien, nous pouvons discerner une évolution que l'on retrouve du reste chez tous les peuples primitifs (4) et que nous avons constatée également dans le Droit Romain. A l'origine, le magistrat ne peut procéder à l'organisation du procès, ne peut rendre

(1) *Ordonnance de 1667*, t. XIV, art. 5.

(2) *Id.*, t. XXXV, art. 3.

(3) Glasson, *Sources de la Procédure*, p. 103.

(4) Esmein, *La chose jugée dans la monarchie franque*.

jugement sans la participation des deux parties à la procédure, le demandeur ne peut obtenir justice tant que son adversaire reste défaillant. Mais, comme corollaire à ce principe, la comparution du défendeur est une obligation et non pas un droit, et s'il refuse d'accomplir volontairement ce devoir, des peines sont prononcées à son encontre, des moyens de contrainte peuvent même être exercés pour l'obliger à donner son concours.

Quand le formalisme primitif disparaît, quand la participation des parties à la procédure vient à n'être plus nécessaire, l'obligation de comparaître se transforme rapidement en un droit ; l'absence du défendeur n'est pas considérée comme un aveu, une reconnaissance de sa part, on la considère comme une négation du droit du demandeur ; et le magistrat lorsqu'il prononce le défaut, ne doit adjuger à celui-ci le profit de ses conclusions que s'il établit la preuve de ses prétentions (1).

Contre cette sentence du juge, le défaillant possède un recours, il peut faire revenir l'affaire devant les premiers juges qui l'ont primitivement incriminé.

Le motif qui a déterminé le législateur à accorder au défendeur défaillant ce recours extraordi-

(1) Polliak, *System des Osterreichischen Civilprozessrechts*, p. 463.

naire, est la crainte qu'un jugement ait pu être obtenu contre un individu ignorant de toute la procédure faite contre lui par son adversaire, et qui n'a pu par cela même exposer ses moyens de défense ; le demandeur a pu par un artifice surprendre la bonne foi du Tribunal et obtenir à son profit une sentence à l'aide de laquelle il pourrait opprimer son adversaire. L'ordonnance de 1667 n'accorde cette opposition qu'aux jugements en dernier ressort, et la refuse aux jugements en premier ressort, le défaillant ayant à son service pour faire réformer la décision qui peut le frustrer, la voie de l'appel.

Les principes que nous avons dégagés de l'œuvre de 1667 ont dirigé le législateur de 1806 dans la rédaction du Code de procédure qui, sur de nombreux points, du reste, n'est que la reproduction de l'ordonnance. La comparution est toujours un droit pour le défendeur, son absence n'est pas une présomption de ce qu'il reconnaît la demande introduite contre lui, la confiance qu'il a dans l'impartialité du Tribunal a pu être la cause de son défaut : « l'extrême confiance dans la justice et dans la sagacité du juge a peut-être seule empêché que le défendeur ne comparût » (1), phrase bien caractéristique que nous trouvons dans l'exposé des motifs de Treilhard.

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*.

Il est tout naturel alors, étant donné ce principe, qu'une des premières obligations du juge, soit de vérifier le bien fondé des prétentions du demandeur, avant de prononcer le jugement.

La plus grande préoccupation du législateur a été le respect du droit de la défense. A chaque pas, nous le verrons protéger le défendeur contre les fraudes, les manœuvres de son adversaire ; il craint que toute la procédure ait été faite à son insu, il lui ouvre la voie de l'opposition beaucoup plus largement que ne l'avait fait le Code de 1667.

Depuis la mise en vigueur de notre Code, une véritable réaction s'est produite contre cet esprit, aussi bien en France, dans les nouvelles lois qui ont été élaborées et dans les projets de réforme, qu'à l'étranger dans les nouveaux codes ou projets de codes de procédure. Effrayés par la multitude des défauts qui, la plupart du temps, ne sont que des moyens de chicane destinés à obtenir du temps et à frauder le demandeur, certains auteurs suppriment catégoriquement toute opposition, c'est ce qu'a fait M. Allard dans son projet de Code de procédure Belge. Cependant, la plupart des auteurs, sans pousser aussi loin leur esprit de réforme, se contentent de limiter le droit d'opposition à certains cas dans lesquels l'ignorance a été la seule cause du défaut.

Comment établir cette ignorance ? plusieurs

systèmes se trouvent en présence : l'ignorance doit être prouvée par celui qui veut en bénéficier, ou au contraire la loi énumère les cas où cette ignorance se trouve présumée.

M. Pollak considère le fait de ne pas se présenter dans une instance, comme une omission d'exercer un droit, omission ayant le caractère d'un aveu et non d'une négation du droit de l'adversaire. Il tire cette conséquence de l'expérience : dans la vie pratique, en effet, le défaillant a le plus souvent tort et se trouve dans l'impossibilité de répondre à la demande de son adversaire (1).

M. Bordeaux voit, au contraire, dans le défaut « une désobéissance à la justice » que le législateur « doit voir avec peu de faveur » (2). Cette opinion constitue certes un retour en arrière (3), elle nous reporte à une époque antérieure à l'ordonnance de 1667. C'est cependant une théorie presque semblable que nous adoptons. Nous ne pouvons à la vérité prétendre que le défaut de comparaître est dans l'état actuel de notre droit une désobéissance à la justice, l'action étant mise en mouvement non par la société, mais, par le demandeur lui-même, à la différence du droit

(1) Polliak, *od. cit.*, p. 463.

(2) Bordeaux, *op. cit.* p. 518.

(3) Fournier, *Officialitis* « désobéissance inexcusable aux ordres du juge ».

primitif où l'ordre de comparaître émanait du magistrat ; mais nous pensons que la comparution est une obligation pour le défendeur, non pas une obligation, au sens du droit ancien, d'obéir aux magistrats qui le commandent, mais un devoir moral envers la société, envers les autres individus qui la composent avec lui. Le défaut entrave la marche régulière de la justice, par conséquent nuit à la société. A notre époque de solidarité entre tous les individus, où chacun détient en soi une parcelle de la puissance publique, tout individu doit être bien pénétré que s'il veut voir sa volonté respectée par autrui, il doit respecter lui-même celle d'autrui.

Dans ces conditions, nous n'aurons plus à rechercher si l'absence du défendeur résulte de sa confiance dans l'équité des magistrats, ou de son désir de retarder la solution de la demande formée contre lui. Nous considérons qu'il y a une véritable obligation pour lui de répondre à son adversaire ; s'il s'abstient, il commet une faute envers la société à laquelle appartient l'individu qui l'assigne, et la loi ne doit lui accorder aucune faveur, à moins que l'ignorance de la procédure soit le seul motif qui ait causé le défaut.

Il est évident que si le défendeur peut prouver la mauvaise foi du demandeur dans la poursuite qu'il a organisée contre lui, il aura droit à des dommages-intérêts, mais il ne pourra laisser

prendre défaut une première fois pour revenir ensuite faire triompher son bon droit ; il y aurait pour la société une perte de temps et de force, qu'il faut éviter.

Voilà, à notre avis, le principe qui doit guider le législateur en la matière qui nous occupe, et c'est l'esprit que nous apporterons dans la critique de notre Code.

Chacun doit donner son concours à la bonne administration de la société et par conséquent à la bonne administration de la justice.

Ayant écarté plus haut le défaut faute de comparaître en ce qui concerne le demandeur, nous n'aurons à nous occuper uniquement que du défaut du défendeur. Nous étudierons successivement le cas où un seul défendeur est appelé dans l'instance et celui où plusieurs défendeurs sont assignés, c'est ce que nous allons faire dans les deux chapitres suivants.

CHAPITRE II

UN SEUL DÉFENDEUR

Nous allons diviser cette étude en trois parties :

- 1° La procédure jusqu'au jugement ;
- 2° La signification ;
- 3° L'exécution et la péremption du jugement par défaut.

§ 1^{er}. — **Procédure jusqu'au jugement**

Le jour fixé dans l'ajournement pour la comparution est arrivé, le délai accordé au défendeur pour constituer avoué est expiré sans signification par lui de la constitution à son adversaire, l'affaire est appelée à l'audience et personne ne se présente pour le défendeur, la partie comparante est en droit de demander défaut de suite.

Le défaut se compose de deux formalités distinctes. Le Tribunal doit d'abord donner au requérant acte du défaut, fonction qui appartenait autrefois au greffe des présentations, puis il doit ensuite juger l'affaire au fond.

Mais à quel moment le défendeur doit-il comparaître ?

En principe le défendeur doit constituer avoué avant l'expiration du délai fixé, et le comparant peut demander au Tribunal de prononcer le défaut immédiatement après le délai écoulé ; mais s'il n'use pas de son droit, s'il attend quelque temps après l'expiration du délai, la jurisprudence admet le défendeur à comparaître tant que le jugement n'a pas été prononcé, et cela par extension de l'art. 76 du Code de procédure qui donne la faculté de constituer avoué à l'audience même, dans le cas où l'assignation a été faite à bref délai, sous la condition que la constitution soit signifiée le jour même. Il a été jugé que la comparution de la partie peut avoir lieu même après les plaidoiries et jusqu'à la clôture des débats (1).

La jurisprudence va du reste encore plus loin ; alors même que le jugement a été rendu, si le défendeur comparait avant la fin de l'audience et conclut au fond, elle accorde le rabat du défaut, c'est-à-dire qu'elle considère le jugement rendu à cette audience comme non venu ; ce droit, elle ne le puise pas dans le Code, qui ne contient nulle part une disposition lui permettant d'agir ainsi, mais elle estime que c'est un ancien usage dont l'exercice est encore confié à la prudence et à la sagesse des juges (2).

(1) Glasson, t. I, p. 430, n° 1.

(2) Boncenne, t. III, p. 415.

Cet usage existait en effet sous l'ordonnance de 1667 (1), mais les lois et usages antérieurs au Code ont été abrogés par l'art. 1041, de sorte que cette pratique ne nous paraît pas absolument légale. Toutefois elle contribue certainement à diminuer les défauts et les frais qu'entraînerait une opposition certaine, sans nuire en quoi que ce soit aux deux parties en cause, et la jurisprudence ne peut être blâmée de considérer comme une omission ce silence de la loi. Le projet de réforme de 1898 reste lui aussi complètement muet sur ce point, ce dont on ne peut le féliciter ; M. de Rolland dans son projet du Code de procédure monégasque n'a pas commis cette faute, il autorise le rabat du défaut lorsque le défendeur comparait à l'audience même où le jugement a été pris.

Il peut arriver que d'office ou sur la demande du défendeur, le Tribunal remette à une audience suivante le prononcé du défaut, le défendeur peut alors comparaître jusqu'à la fin de l'audience indiquée (2), mais il n'en est plus ainsi si après le prononcé du défaut, l'affaire est remise à une autre audience pour jugement au fond (3).

Le juge doit obligatoirement prononcer le dé-

(1) *Ordonnance de 1667*, t. XIV, art. 5.

(2) Garsonnet, t. VI, p. 175.

(3) Garsonnet, t. VI, p. 175.

faut, soit à l'audience même où il lui est demandé, soit, si la question est complexe, à une prochaine audience.

Le juge de paix est le seul à avoir conservé le droit que donnait au Tribunal l'ordonnance de 1539 d'ordonner la réassignation (1), droit du reste strictement limité au cas où les délais légaux n'ont pas été observés (2).

Depuis la promulgation de notre Code de procédure, ce droit d'ordonner une réassignation a été jugé très avantageux pour la rapidité de la procédure dans le cas où le premier exploit n'a pas été délivré à la personne elle-même, ce qui fait craindre qu'elle n'ait point été touchée. Cette disposition a été reprise dans plusieurs Codes ou projets étrangers, le Code italien attache même une très grande importance à ce second exploit qui enlève par la suite le droit d'opposition ; le projet du Code de procédure belge a été rédigé dans le même sens (4).

Le projet français de 1898 a subi cette influence, l'article premier de son titre sur le défaut, autorise le Tribunal à ordonner cette réassignation, mais sans en déterminer les cas d'application, le

(1) C. P. C., art 49.

(2) C. P. C., art. 5.

(3) Allard, *Examen critique du Code de procédure civile du royaume d'Italie*.

(4) *Projet du Code de procédure Belge*, art. 3.

texte laisse au Tribunal toute latitude pour apprécier l'utilité de la mesure. Dans l'exposé des motifs, il est déclaré que cette réassignation pourra être ordonnée selon les circonstances (1), par exemple dans le cas où la notification n'a pas été faite à personne.

Malgré l'avantage que M. de Rolland voit dans cette mesure, qu'il a adoptée dans son projet du code de procédure monégasque pour diminuer le nombre des défauts (2), nous préférons à ce système celui de notre Code de 1806, car nous craignons les abus auxquels avait donné lieu l'ordonnance de 1539 et qui en raison de leur nombre, ont amené une réaction complète dans l'ordonnance de 1667 qui supprima purement et simplement la réassignation. Ne doit-on pas craindre, en effet, que les tribunaux usant trop largement de ce droit, ordonnent toujours la réassignation sans examiner les « circonstances », car nous avons remarqué dans la pratique la tendance de certains magistrats, surchargés d'affaires, à reculer à un temps plus éloigné la solution qu'on leur demande, avec le secret espoir que l'affaire écartée du

(1) *Projet 1898*, l. II, t. VI, art. 1 : « toutefois le Tribunal peut ordonner que le défendeur sera assigné par un huissier commis par le jugement ou par une ordonnance du Président.

(2) *Projet 1898*, exposé des motifs, p. 40.

(3) *Projet du Code de procédure de Monaco*, art. 211. — *Exposé des motifs*, p. 155.

rôle momentanément n'y reparaitra plus, éteinte par un arrangement amiable, ou par l'intervention de la Fortune, mais hélas, leur espoir est trop souvent déçu, et ce moyen en apparence si ingénieux pour alléger le rôle, l'alourdit encore davantage.

Ne peut-on craindre aussi quelques abus de la part des huissiers ? Sachant que s'ils ont la chance de ne pas rencontrer la première fois la personne visée dans leur exploit, leur ministère sera de nouveau nécessaire pour délivrer une nouvelle assignation, ne favoriseront-ils pas la chance en évitant avec le plus grand soin de rencontrer le défendeur. Il est vrai que le second ajournement sera délivré par un huissier commis, mais ce n'est pas un remède suffisant, l'huissier qui aura donné son concours la première fois, se fera commettre à nouveau et en tous cas la solidarité professionnelle est assez développée pour permettre à chacun d'espérer que l'on fera pour lui ce qu'il a fait pour les autres.

Il est évident que si la réassignation avait dans notre projet les mêmes conséquences que dans le Code italien, c'est-à-dire la suppression du droit d'opposition, les inconvénients seraient compensés par de plus grands avantages.

Cependant le législateur ne doit pas, à notre avis, bannir complètement le droit d'ordonner la réassignation, pourvu qu'il la limite à des cas

strictement déterminés, ainsi que l'a fait le législateur de Genève.

A Genève, en effet, le Tribunal doit ordonner la réassignation : 1° Lorsque l'exploit d'ajournement est nul ; 2° S'il porte un délai plus bref que le délai légal ; 3° Si le délai indiqué, plus bref que le délai légal, est celui qui dans les cas déterminés par le Code a été fixé par le Président sur la requête du demandeur et s'il paraît trop court au Tribunal (1).

Enfin d'autre part, le Tribunal a la faculté d'ordonner cette réassignation dans le cas de force majeure et notoire (2) ; c'est ce dernier cas qu'il nous semble utile de conserver dans la loi.

Lorsque l'exploit est nul le Tribunal ne peut que prononcer cette nullité sans pouvoir, il nous semble, intervenir pour ordonner un nouvel ajournement, le demandeur a le droit de réassigner sans autorisation du Tribunal ; nous assimilons du reste à ce cas, celui où le délai porté dans l'exploit est plus court que le délai légal, car des théories qui divisent les auteurs et la jurisprudence, nous nous rapportons à celle qui prononce la nullité d'un exploit ainsi rédigé. Nous pensons que le troisième cas ne doit pas davantage être

(1) *Code procédure Genève*, art. 125.

(2) *Ibid.*, art. 126.

conservé, un examen des circonstances ayant déjà dû être fait par le Président au moment où il a ordonné une abréviation de délai.

Les Codes de procédure d'Allemagne (1) et d'Autriche (2) sont d'accord avec le Code de Genève; mais ils autorisent en outre la réassignation au cas où le demandeur est incapable de fournir la preuve des faits que le Tribunal doit prescrire d'office.

Pour le profit du défaut, que doit faire le Tribunal?

Le demandeur qui comparait ne peut, d'après notre Code, profiter de l'absence de son adversaire pour obtenir à son détriment et sans aucune justification l'objet de sa demande. L'art. 150 du Code de procédure, reprenant les termes mêmes de l'ordonnance de 1667 (3), n'autorise le juge à adjuger les conclusions requises que si elles se trouvent justes et bien vérifiées, perpétuant ainsi le principe de Justinien : « *Litigatoris absentia Dei præsentia repleatur* » (4).

La discussion qui eut lieu au Tribunat à propos de cet article nous montre l'esprit du légis-

(1) *Code procédure allemand*, §§ 335 et 337.

(2) *Code procédure autrichien*, § 402.

(3) *Ordon. 1667*, t. V, art. 3 « les conclusions adjugées au demandeur avec dépens, si la demande se trouve juste et bien vérifiée ».

(4) *Code Justinien*, l. III, t. I, loi 13, § 4.

lateur à ce moment. La comparution est, nous l'avons vu au chapitre précédent, considérée dans notre Code comme un droit : « L'extrême confiance dans la justice et la sagacité du juge a peut-être seule empêché qu'il ne comparût », et il ne peut être puni d'un sentiment aussi honorable pour le Tribunal » (1). L'orateur du Tribunal déclare qu'il ne faut pas revenir à la législation antérieure à 1539, cause de tant d'injustices : « Tout défendeur, dit-il, qui ne se présentait pas sur l'assignation à lui délaissée, était toujours censé reconnaître la légitimité de la demande et il était toujours condamné sans vérification » (2).

Cette observation nous paraît inexacte : dans notre exposé historique, nous avons observé que la période pendant laquelle la comparution est une obligation pour le défendeur dont le défaut met obstacle à toute justice, à toute condamnation contre lui, et ne peut entraîner que des moyens de coercition à son égard, est suivie immédiatement d'une seconde période pendant laquelle la comparution devient un droit. Le défaut pendant cette période est présumé une négation des prétentions du demandeur, principe dont la conséquence est, non pas un obstacle à la

(1) Loiré, *Code de procédure*, t. I, p. 319. — Boncenne, t. III, p. 11.

(2) *Ibid.*

Justice, mais l'obligation pour le Juge de vérifier le bien fondé des conclusions du demandeur avant de prononcer sa sentence (1).

La phase pendant laquelle le défaut du défendeur est considéré comme la présomption d'un aveu en faveur des prétentions de l'adversaire, nous semble, au contraire de ce qui paraît à l'orateur du Tribunal, avoir succédé au défaut-négation, et non l'avoir précédé. — C'est aujourd'hui que le défaut-aveu semble prendre son développement.

Le Code de Genève a repoussé la disposition de notre art. 150 (2). M. Belot, dans son exposé des motifs, nous en donne la cause, l'expérience de l'ordonnance de 1667 et du Code français a prouvé que cette disposition était inexécutable. En outre, dit-il, deux présomptions existent en faveur des conclusions, l'une tirée de ce que la non-comparution, le silence du défendeur, montrent qu'il n'a rien à répondre, l'autre de ce qu'en thèse générale la probabilité est plus en faveur du demandeur que du défendeur, et il base ce raisonnement « en apparence paradoxal », dit-il, sur ce que le nombre des procès

(1) Boncenne, t. III, p. 13.

(2) *Code de Genève*, art. 122. — « Si le défaut est prononcé contre le défendeur, le demandeur obtiendra ses conclusions. »

gagnés par les demandeurs est bien supérieur à celui des procès qu'ils perdent (1).

On considère donc, à Genève, le défaut comme un aveu, c'est également le principe directeur du Code de procédure d'Autriche (2). M. Pollak, dans son ouvrage sur ce Code, nous montre clairement l'évolution qui s'est produite pour arriver aujourd'hui à ce résultat. Lorsque le défaut devint la simple omission d'exercer un droit, il fut d'abord négatif, c'est-à-dire que, par son attitude, le défendeur fut présumé protester contre la demande de son adversaire; puis, il devint affirmatif, le défendeur par son absence fut considéré comme acceptant les conclusions de la demande, évolution dont le dernier état est conforme à l'expérience de la vie. Dans la pratique, en effet, le défaut du défendeur est le plus souvent l'effet de son absence complète de documents (3).

Cependant, à Genève comme en Autriche, si les faits articulés, les pièces produites par le demandeur établissent péremptoirement que les conclusions ne sont pas justifiées, le Tribunal refusera de les adjuger (4).

(1) *Exposé des motifs du Code Belge*, p. 75.

(2) *C. P. Autrichien*, art. 396.

(3) Pollak, p. 464.

(4) *C. Genève*, art. 124. — « Nonobstant le défaut, ne seront point adjugées les conclusions que les faits articulés ou les pièces produites ne justifieraient n'être pas fondées. »

En outre le Code autrichien ne considère l'absence du défendeur que comme une reconnaissance des faits articulés par son adversaire, mais non du droit de ce dernier, le Tribunal devant rester seul maître de cette question ; les juges doivent examiner si le droit lui permet d'adjudger les conclusions sur les faits présumés établis (1).

Certains législateurs exigent au contraire une vérification minutieuse des conclusions du demandeur ; en Italie le Tribunal peut ordonner toutes les mesures d'instruction nécessaires (2).

Dans son projet Belge, M. Allard a repris ces dispositions en y ajoutant même l'audition du ministère public dans toutes les affaires (3).

Dans ces deux législations, les mesures d'instruction sont d'autant plus nécessaires que le jugement est considéré comme contradictoire. Voyons rapidement quelle est dans notre droit, l'application de l'art. 150 (4).

(1) Pollak, *C. Autrichien*, art. 396.

(2) Allard, *Examen critique du Code de procédure d'Italie*, III^e partie, § 24.

(3) *Projet Code Belge*, l. I, t. III, art. 5.

(4) Art. 150 : « Le défaut sera prononcé à l'audience sur l'appel de la cause ; et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjudgées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées ; pourront néanmoins les juges faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante. »

Tout d'abord, que signifient les mots « justes et bien vérifiées » ?

Le mot *juste* signifie, selon l'avis de plusieurs auteurs, « conforme à la loi et à l'ordre public » ; quant au mot *vérifié*, il signifie « établi par des preuves certaines ».

Le Tribunal doit donc d'office soulever la nullité de l'exploit d'ajournement (1), sauf le droit pour le Juge de Paix d'ordonner, en ce cas, la réassignation (2), droit du reste critiqué précédemment. Le Tribunal doit, en outre, prendre toutes mesures qu'il prendrait d'office en présence du défendeur, notamment se déclarer incompétent *ratione materiæ* et même *ratione personæ* (3).

Il doit également repousser toutes les conclusions qui sont contraires à l'ordre public et à la loi (4).

Quant à la vérification des conclusions, quels sont les moyens dont dispose le Juge ? Il a, suivant l'avis de la plupart des auteurs, tous les moyens dont il dispose en matière contradictoire (5). Ils s'appuient sur l'art. 257 qui prévoit

(1) Garsonnet, t. VI, p. 180. — Chauveau, t. II, n° 616 *ter*. — Boncenne, t. III, p. 11 et suiv.

(2) Art. 19 et 5 du C. Pr.

(3) Garsonnet, § 2173.

(4) Garsonnet, § 2171. — Boncenne, t. III, p. 11.

(5) Garsonnet, § 2172. — Glasson, t. I, p. 433. — Boncenne, p. 12, *contra* Boitard, art. 150.

le cas où le défendeur n'a pas d'avoué et détermine le point de départ des délais d'ouverture d'enquête et sur l'article 261 qui réglemente l'assignation de la partie à l'enquête. Il est vrai que certains auteurs refusent à ces articles un sens général. Ils prétendent qu'ils s'appliquent uniquement au cas où l'acquiescement aux prétentions du demandeur ne peut constituer un titre suffisant à l'obtention d'un jugement conforme aux prétentions émises dans la demande, comme en matière de divorce, de séparation de corps et de biens.

Nous pensons avec la majorité des auteurs que les mesures prévues dans ces articles sont générales.

En effet, ces articles sont contenus au titre général sur les enquêtes et ne contiennent aucune restriction ; ce serait, en outre, considérer l'absence comme un aveu, ce qui est contraire, nous l'avons vu, à l'esprit du législateur.

Tous les moyens d'instruction étant ouverts, le Tribunal peut ordonner une expertise, une instruction par écrit, demander au ministère public de prendre des conclusions ; il peut, en outre, en vertu de l'art. 150, faire mettre les pièces sur le bureau (1).

Ce sont là, d'après le Code, les droits du Tri-

(1) Glasson, t. I, p. 433. — Garsonnet, § 2172.

bunal ; mais en pratique, les Tribunaux se dispensent de toute mesure d'instruction toutes les fois que le défendeur fait défaut ; on prétend, pour défendre cette jurisprudence, que ses intérêts ne sont pas sacrifiés, puisqu'il a la voie de l'opposition (1).

C'est en raison de l'inexécution de l'art. 150 que M. Bellot a purement et simplement retranché de son Code cette disposition inutile.

Nous qui, en vertu du principe énoncé plus haut, considérons la comparution comme devant être dans l'avenir *un devoir*, nous devons accepter les innovations des Codes genevois et autrichien. L'omission d'un devoir ne peut être considérée que comme un aveu d'impuissance à se défendre ; l'individu instruit et conscient de ses obligations, comme doit l'être tout membre d'une société libre, ne peut ignorer que négliger son devoir est s'avouer vaincu. Devant cet aveu présumé, le Tribunal, sauf pour les causes dans lesquelles l'accord des parties n'est pas suffisant pour homologuer la demande, n'aura aucune vérification des faits à effectuer, mais il devra rechercher, avant de prononcer son jugement, si, en droit, les faits non contredits peuvent amener l'adjudication des conclusions au profit du demandeur.

(1) Glasson, t. I, p. 433.

Nous suivons donc exactement la règle autrichienne (1).

Le projet de 1898 n'a apporté aucune modification à l'art. 150 qu'il a repris textuellement (2).

M. de la Grasserie, dans son étude critique du projet de réforme, juge légitime la vérification des faits par le Tribunal; il pense en effet que « l'absence du défendeur équivaut non à une reconnaissance, mais à une dénégation de sa part, et qu'il y a lieu d'instruire même contre un comparant avant de le condamner. N'agit-on pas ainsi en correctionnel et en matière de divorce? Or, il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer » (3).

Nous répondrons à cet argument, qu'en matière correctionnelle, comme en matière civile, nous considérons la coutumace comme un aveu; mais tandis qu'au civil l'aveu est une preuve conformément à l'art. 1356 du Code Civil, sauf les exceptions prévues spécialement, le divorce par exemple, il n'en est plus ainsi en matière correctionnelle, l'aveu ne peut par lui seul constituer une preuve. Il n'est qu'une présomption de culpabilité, le Juge doit s'entourer en outre de tous les éléments indépendants de la seule re-

(1) Pollak, p. 464.

(2) *Projet 1898*, liv., II, t. VI, art. 2.

(3) Raoul de la Grasserie, n° 55.

connaissance de l'accusé (1) tendant à établir que l'aveu est libre et conscient.

La procédure peut donc sans inconvénient n'être pas semblable devant le Tribunal correctionnel et devant le Tribunal civil.

La vérification des conclusions ne devant pas être faite par le Tribunal, il serait certainement préférable de laisser, ainsi qu'en Autriche (2), à un seul magistrat le soin de prononcer les défauts; il est inutile de réunir le Tribunal pour donner acte d'un défaut et d'allouer purement et simplement des conclusions, il est facile de créer une audience des défauts où siégerait un seul Juge. Une exception devrait être faite toutefois pour les affaires dans lesquelles l'aveu ne constitue pas une preuve suffisante.

(1) Garraud, *Droit criminel*, p. 678.

(2) *C. P. Autrichien*, § 397.

§ 2. — Signification des jugements par défaut.

Nous laisserons de côté toutes les questions qui sont communes aux jugements par défaut et aux jugements contradictoires, nous nous attacherons uniquement aux particularités du défaut.

Les qualités sont toujours faites par l'avoué du demandeur, leur signification à l'avoué du défendeur ne peut naturellement avoir lieu, aussi les qualités rédigées sur timbre sont-elles simplement déposées au greffe du Tribunal(1).

L'art. 156 exige que tous les jugements par défaut contre une partie qui n'a pas constitué avoué, soient signifiés par huissier commis par le jugement même ou par ordonnance du Président, sous peine de nullité de la signification.

Cette disposition est une innovation introduite dans le Code de 1806 ; rien de semblable n'existait antérieurement. Les huissiers peu instruits et peu scrupuleux faisaient, paraît-il, disparaître les copies qu'ils affirmaient avoir délivrées ; cela s'appelait « souffler une copie ». Il était donc tout naturel que le défendeur non avisé de l'instance, ne répondît pas à l'assignation qui lui était censée faite, aussi Treilhard,

(1) Art. 142, *C. Pr. civile*.

dans son exposé des motifs, s'est-il insurgé contre ces abus et a proposé deux mesures pour y remédier, la signification du jugement par huissier commis, et celle que nous verrons ensuite, la péremption du jugement dans les six mois de sa date (1).

Pour justifier la première mesure, il prétendait qu'en laissant au premier huissier prévaricateur la signification du jugement pris par défaut, il était à craindre qu'il persistât dans sa manière d'agir et qu'il fît subir à la copie de la signification le même sort qu'à l'assignation, le remède consistait donc à faire commettre par le Tribunal ou même par le Président, un huissier connu pour son honnêteté.

La Commission d'huissier doit avoir lieu même d'office, par le jugement de défaut ou par un second jugement rendu sur requête, aux frais du demandeur fautif de n'avoir pas requis la première fois cette mesure.

Si le jugement doit être signifié en dehors du ressort du Tribunal, ce dernier peut en donner commission rogatoire au Tribunal du lieu, au Président de ce Tribunal, ou même au Juge de Paix à l'effet de désigner un huissier pour délivrer la copie, mais il peut aussi désigner lui-même un huissier du lieu (2).

(1) Loqué, p. 329.

(2) Garsonnet, n° 221.

Cette formalité est prescrite à peine de nullité de la signification et de tous les actes d'exécution qui la suivent, malgré le silence de l'art. 156 à ce sujet, car l'article 1030 déclarant que n'est pas nul tout exploit dont la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi, ne s'applique pas à l'espèce qui nous occupe, mais il s'agit d'un défaut de qualité de la part de l'officier ministériel qui a signifié l'acte (1).

Toutefois, d'après plusieurs auteurs, s'il est prouvé que la partie a reçu la signification faite par un huissier non commis, cette nullité ne doit pas être prononcée (2), le danger qui a entraîné le législateur à créer cette mesure n'existant plus.

Doit-on craindre aujourd'hui encore le danger du soufflement des copies ?

Nous ne le pensons pas, les huissiers ne méritent plus les blâmes que leur adressait Selves en 1811, « nous ne sommes plus au temps où on soufflait les exploits » (3). Cette innovation de 1806, « invention assez niaise du législateur de 1806 », déclare M. Bordeaux (4), est fort critiquée à notre époque, et si elle n'entraîne pas toujours

(1) Boitard, p. 296. — Garsonnet, n° 2211.

(2) Boitard, p. 371. — Garsonnet, n° 221.

(3) Allard, *Projet Code procédure Belge*.

(4) Bordeaux, p. 521.

des frais, entraîne du moins des complications et une perte de temps.

Le Président, ne pouvant connaître tous les huissiers de son ressort, nomme souvent l'huissier du demandeur ou un huissier audiencier bien en cour auprès du Tribunal, cela crée un privilège à certains huissiers au détriment des autres.

« Cette commission de l'huissier audiencier entraîne, du reste des frais, car il fait payer le transport, qui serait évité si la signification était faite par un huissier du canton du lieu du domicile du défendeur, cette excessive précaution qui suppose que tout autre huissier pourrait commettre un faux, n'est pas seulement injurieuse pour ces officiers ministériels, elle l'est encore pour le gouvernement qui les nomme » (1).

Certains auteurs (2) redoutent toujours cette fraude de la part des huissiers et la prétendent fréquente à notre époque ; ils prennent à l'appui de leur thèse l'exemple des protêts, dont, il faut le reconnaître, les copies ne sont jamais signifiées malgré les dispositions sévères de l'article 176 du Code de Commerce.

(1) Chardon, *Réformes désirables et faciles dans les lois de la Procédure*, n° V.

(2) Vouillement, *Défaut profit joint*.

La loi du 30 septembre 1873 est intervenue pour obliger les huissiers à apposer sur l'original du protêt le timbre-copie qu'ils comptaient dans leurs frais sans l'employer ; cette loi fit donc rentrer au Trésor ce droit indûment perçu par les huissiers, mais ne changea rien aux usages. Personne ne s'en était plaint pendant de longues années et ne s'en plaint encore actuellement, le rôle de la copie est peu important.

Si, comme semble le penser M. Vouillement dans sa thèse, la loi de 1873 avait été faite dans l'intérêt public et non dans l'intérêt unique de l'enregistrement, il était un moyen plus simple de faire délivrer les copies, c'était d'appliquer strictement l'art. 176.

Cet usage, nous pouvons l'affirmer, ne s'étend pas aux autres actes ; souffler une copie est, du reste, un délit ; il est facile de réprimer les délinquants sans surcharger pour cela le Code de procédure d'une formalité absolument inutile, et qu'a repris cependant le projet de 1898.

La nécessité de faire commettre un huissier pour la signification du jugement existe également devant les juridictions d'exception.

En ce qui concerne la Justice de Paix ou les conseils de prud'hommes, nous pensons, en effet, avec la majorité des auteurs, que, sauf les exceptions prévues par le Code, les dispositions, qui

règissent les juridictions ordinaires, s'appliquent également aux autres.

Pour le Tribunal de commerce, l'article 435, renforçant l'article 156, déclare « qu'aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par un huissier commis à cet effet par le Tribunal ». Cet article contient une disposition générale, il ne distingue pas entre les défauts faute de conclure et les défauts faute de comparaître, ce qui est naturel, en matière commerciale, les jugements étant toujours signifiés par exploit d'huissier à personne, qu'il s'agisse d'un défaut faute de conclure ou d'un défaut faute de comparaître.

§ 3. — Exécution et péremption des jugements par défaut.

Le Code de procédure entoure le défendeur d'un luxe très grand de protections; le législateur a été dominé dans la rédaction du titre du défaut par la crainte de l'étouffement du défendeur. Celui-ci ignorant à la fois l'assignation et le jugement, peut être surpris par une exécution rapide; cette crainte est des plus justifiées et, qu'il s'agisse pour le défendeur d'un droit ou d'un devoir de comparaître, le législateur doit rechercher les moyens

propres à favoriser la bonne foi dans les affaires. Si la plupart du temps c'est en pleine connaissance de cause que le défendeur fait défaut, comme le prouve l'expérience, il arrive également qu'il ait complètement ignoré l'instance dans laquelle il est englobé ; peut-être était-il absent, et la copie de l'assignation remise à un voisin ou au maire n'est pas parvenue jusqu'à lui.

Il est donc nécessaire, la bonne foi étant souvent difficile à discerner, de prendre toujours des mesures tendant à prévenir les dommages que peut entraîner pour une partie l'absence de défense.

Si nous avons condamné la protection du moins apparente de la première partie de l'article 156, c'est que nous la considérons comme parfaitement inutile.

L'article 155 défend d'exécuter le jugement par défaut avant l'expiration de la huitaine qui suit la signification à personne ou à domicile, il accorde ainsi au défendeur de bonne foi un temps de réflexion, il se peut en effet que la signification soit le premier acte de la procédure porté à sa connaissance dans l'instance introduite contre lui. Il a le temps d'étudier le jugement, de prendre ses dispositions pour y former opposition, ou d'acquiescer à la sentence du juge, en s'exécu-

tant lui-même, et éviter ainsi les frais d'une exécution forcée.

Ce délai qui est franc ne s'augmente pas à raison de la distance, on ne demande pas au défendeur d'agir, mais de réfléchir au moyen qui lui paraîtra le plus propice à ses intérêts ; que son domicile soit proche ou éloigné, la réflexion demande le même temps, la distance importe peu (1).

En matière commerciale le délai est plus bref, le jugement est exécutoire vingt-quatre heures après la signification

En Justice de Paix on suit les règles ordinaires, faute d'un texte spécial.

Le demandeur peut subir, du chef de ce retard légal dans l'exécution, un grave préjudice, l'objet de la condamnation peut disparaître, ce qui ne manquera pas d'arriver, si son adversaire est de mauvaise foi ; aussi l'art. 155 a-t-il tempéré cette règle rigoureuse toutes les fois que le péril est très menaçant pour le demandeur. Il autorise le Tribunal à lui accorder l'exécution provisoire immédiatement après la signification, lorsqu'il y a urgence, mais uniquement dans les cas prévus par l'article 135 auquel il renvoie.

Quel est l'article 135 ?

Il est nécessaire de le connaître pour com-

(1) Garsonnet, §§ 528 et 2206. — Bioche, n° 336. — Chauveau et Carré, n° 637. — *Contrà* Boncenne, III, p. 47.

prendre les dispositions de l'article 155. Il concerne l'exécution provisoire des jugements contradictoires nonobstant appel et se divise en deux propositions.

1° Dans la première, il détermine certains cas, dans lesquels le Tribunal doit, sur les conclusions du demandeur, ordonner l'exécution provisoire, sans obligation de fournir caution.

2° Dans l'autre, il donne au Tribunal la faculté d'accorder, dans un certain nombre d'espèces, l'exécution provisoire avec ou sans caution, suivant sa volonté.

Nous retrouvons, dans la procédure par défaut, toutes les hypothèses prévues par cet article, mais sans la distinction en deux catégories, l'exécution provisoire devient toujours facultative pour le Tribunal, qui doit en outre examiner l'urgence; il ne peut jamais obliger le demandeur à fournir une caution.

En matière d'appel comme en matière d'opposition, le Tribunal doit statuer sur le fond et sur l'exécution provisoire dans le même jugement. L'exécution provisoire ainsi ordonnée sera, du reste, suspendue par l'opposition au jugement (1).

Cette dernière observation nous conduit à parler ici du dernier paragraphe de l'art. 155 qui, logiquement, devrait prendre place dans les dé-

(1) Garsonnet, § 2207.

veloppements sur l'opposition, mais qu'il nous sera plus facile de comprendre ici.

Dans le cas de péril en la demeure, le Juge pourra accorder l'exécution provisoire nonobstant opposition avec ou sans caution. Les pouvoirs du Juge sont donc plus larges ici qu'en matière d'appel. Il n'est pas limité aux hypothèses prévues par l'article 135 ; il peut accorder l'exécution provisoire toutes les fois qu'il y aura péril pour le demandeur.

Le Tribunal a donc deux pouvoirs bien différents : 1° ordonner l'exécution provisoire dans la huitaine de la signification, mais uniquement dans les hypothèses déterminées par la loi.

2° Ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition toutes les fois qu'il y a péril en la demeure.

Ces deux dispositions sont indépendantes, le juge peut ordonner l'exécution provisoire dans la huitaine sans qu'elle soit nonobstant opposition ; et réciproquement. Le Tribunal ne pourra accorder cumulativement les deux exécutions que si le demandeur se trouve à la fois dans un des cas prévus par l'art. 135 et s'il y a péril pour lui à ne pas exécuter rapidement.

La faculté d'accorder l'exécution provisoire, en cas de péril, appartient au Juge de Paix, qui le puise dans l'art. 12 de la loi du 25 mai 1838.

Quant aux tribunaux de commerce, ce droit

leur a été refusé, au moment de la rédaction du Code, par le Conseil d'Etat qui s'est opposé à l'addition, à l'art. 438, d'une phrase leur permettant d'ordonner l'exécution provisoire nonobstant opposition ; l'art. 443 du Code de Commerce, d'autre part, n'énumère pas, dans les articles auxquels il renvoie, l'article 155 du Code de procédure (1). Toutefois cette opinion n'a pas été admise par tous les auteurs, quelques-uns prétendent en effet, que les articles du Code de procédure s'appliquent toutes les fois qu'il n'y a pas de dérogations spéciales, or, on ne rencontre ici aucune dérogation de ce genre. De plus, il est vrai que l'article 643 ne renvoie pas directement à l'art. 155, mais il y renvoie implicitement en se référant à l'art. 159, suivant lequel l'opposition suspend l'exécution si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition (2).

Qu'a fait sur ce point le projet de 1898 ?

L'art. 7 (3) du titre du défaut qui laisse subsister la trêve de huitaine au profit du défendeur, autorise le Tribunal à ordonner l'exécution provisoire avant l'expiration de ce délai, s'il y a

(1) Garsonnet, § 2269.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 619. — Glasson. t. I, p. 460.

(3) T. VI, art. 7. — Les jugements par défaut ne sont pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification à personne au domicile, à moins qu'en cas d'urgence l'exécution n'en ait été ordonnée avant l'expiration de ce délai, dans les cas et dans les conditions prévus à l'art. 19 du titre des jugements.

urgence, dans les cas prévus par l'art. 19 (1) du titre du jugement. Ce dernier article correspond exactement à la première partie de notre article 135, qui oblige le Tribunal à prononcer cette exécution sans caution dans les hypothèses prévues.

La seconde partie de notre article 135 est comprise dans l'article 20, auquel l'art. 7 en question ne renvoie pas. La faculté pour le Tribunal d'autoriser l'exécution avant l'expiration de la huitaine est donc singulièrement restreinte et sans que l'exposé des motifs en donne la cause. N'y a-t-il pas omission ?

Quant à l'exécution nonobstant opposition, le projet n'en souffle mot au titre du défaut, mais les articles 19 et 20 (2) du titre des jugements réglementent l'exécution provisoire en général,

(1) T. V, art. 19. — L'exécution provisoire ou sans caution est ordonnée s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou condamnation précédente par jugement passé en force de chose jugée, si un délai de grâce a été accordé dans les cas prévus par l'article 10 l'exécution provisoire est suspendue pendant ce délai.

(2) Art. 20. — L'exécution provisoire peut être ordonnée avec ou sans caution, lorsqu'il s'agit de réparations urgentes d'expulsion de lieux, de sequestre et gardiens, de nominations de tuteurs, curateurs ou autres administrateurs, de reddition de comptes, de pensions ou de provisions alimentaires, de mise en liberté, et en général de tous les cas où il y a péril en la demeure. Le Tribunal détermine l'importance et la nature de la caution.

L'exécution provisoire peut être ordonnée sur minute et avant enregistrement.

qu'il s'agisse d'appel ou d'opposition, puisque les mots « nonobstant appel ou opposition » n'y sont pas insérés.

Dans toutes les hypothèses prévues par ces deux articles, même en l'absence de péril, l'exécution peut être autorisée, malgré l'opposition, mais après huitaine seulement. L'art. 20 *in fine* l'autorise en outre toutes les fois que le Tribunal juge l'attente périlleuse pour le demandeur. Le projet est donc, sur ce point, plus large que le Code, mais il est plus étroit pour l'exécution dans la huitaine.

Le projet monégasque contient la même trêve de huitaine, et donne au Tribunal le droit d'autoriser l'exécution immédiate toutes les fois qu'il y a urgence (1), il simplifie, sur ce point, notre Code de 1806 peu modifié par le projet de 1898. En outre, il autorise l'exécution nonobstant opposition toutes les fois qu'il y a péril en la demeure (2).

(1) *Code Monégasque*, art. 217. — Les jugements par défaut ne seront pas exécutés avant l'échéance de huitaine de la signification à personne ou à domicile à moins que l'exécution provisoire n'en ait été ordonnée avant ce délai.

Art. 218. — L'exécution provisoire ne pourra être ordonnée avec ou sans caution qu'en cas d'urgence, et par le jugement même qui adjugera le profit du défaut.

(2) Art. 225. — L'opposition régulièrement formée suspendra l'exécution, à moins que celle-ci n'ait été ordonnée nonobstant

Nous ne trouvons plus, au contraire, cette trêve dans le Code de Genève ; le demandeur peut exécuter immédiatement après le prononcé du jugement par défaut, mais il sera arrêté par l'opposition du défendeur si l'exécution provisoire n'a pas été ordonnée dans le jugement même (1) ; exécution qui ne peut être ordonnée que s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou péril en la demeure (2).

Nous pensons que la trêve de huitaine peut, sans inconvénient, être supprimée, et doit même l'être dans les législations, telles que celle de Genève où le délai d'opposition est très court. Cette suppression du délai n'est pas un danger pour le défendeur de bonne foi, puisque par son opposition il peut suspendre l'exécution pratiquée contre lui, sauf quand il s'agit des exceptions prévues par la loi. Or, ces exceptions sont généralement de nature à faire accorder l'exécution dans la huitaine. Il est vrai que notre Code accorde

opposition, ce qui ne pourra avoir lieu qu'en cas de péril en la demeure et par le jugement même qui adjugera le profit du défaut.

(1) Art. 134. — L'opposition faite en la forme ci-dessus et dans le délai des articles 128 et 129 suspendra l'exécution du jugement, à moins que les juges, en adjugeant le défaut, n'aient ordonné l'exécution provisoire du jugement, nonobstant opposition, avec ou sans caution.

(2) Art. 135. — Cette exécution provisoire ne sera ordonnée que s'il y a titre authentique, promesse reconnue ou péril en la demeure.

plus largement l'exécution nonobstant opposition que l'exécution dans la huitaine, mais nous pensons que c'est à tort ; car il nous semble que le péril en la demeure est bien de nature à faire exécuter le jugement dans la huitaine.

Examinons maintenant la seconde disposition de l'art. 156 tendant également à la protection du défendeur (1).

Aux termes de cet article, tout jugement par défaut non exécuté dans les six mois doit être considéré comme non venu, c'est là une dérogation importante au droit commun qui accorde 20 ans pour exécuter un jugement contradictoire. Cette disposition n'était pas connue dans l'ancien Droit, elle n'a été introduite qu'en 1806 pour « prévenir le danger des fausses significations » (2). Sous l'ordonnance de 1667, le délai réservé au défendeur pour faire opposition n'était que de huitaine à compter de la signification du jugement ; de sorte que le demandeur qui, avec le concours de l'huissier prévaricateur, avait pris jugement à l'insu de son adversaire et le lui avait fait ensuite signifier sans lui remettre la copie, attendait l'expiration du délai de huitaine pour exécuter la sentence devenue ainsi définitive.

(1) « Ils seront exécutés dans les six mois de leur obtention sinon seront réputés non venus. »

(2) Loqué, t. I, p. 280.

Dans la crainte du soufflement des copies, le Code commença par élargir considérablement ce délai, l'opposition est possible jusqu'au moment de l'exécution du jugement, de cette façon l'exécution ne peut être réservée pour le temps où la sentence sera rendue définitive. Il eût été cependant un moyen pour le demandeur de rendre l'opposition impossible, ou du moins, sans effet utile, c'eût été d'attendre patiemment le moment où le défendeur, sans défiance, aurait perdu ou détruit tous titres ou preuves nécessaires au rejet des prétentions de son adversaire.

Le législateur de 1806 a mis obstacle à cette fraude en établissant une limite à la liberté du demandeur (1). « La précaution est peut-être exagérée, dit M. Garsonnet, car le succès de cette fraude suppose un concours peu vraisemblable de circonstances fâcheuses ; une assignation qui n'est pas parvenue, une assignation par huissier commis qui n'a pas été plus heureuse, et des preuves si fugitives qu'il n'en reste pas trace au bout de six mois » (2).

M. Bellot, de son côté, a complètement banni du Code de Genève cette protection, dont l'expérience, prétend-il, n'a point réalisé les avantages qu'avaient prévus les rédacteurs, elle est, à son

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*. — Locré, p. 329.

(2) Garsonnet, § 2213.

avis, aussi onéreuse pour le créancier que préjudiciable au débiteur.

Beaucoup d'auteurs ont soutenu cette thèse ; cependant M. Bordeaux, qui ne craint pas de recommander des réformes importantes dans notre Code, se prononce pour le maintien de cette mesure, bien qu'il ne redoute nullement le soufflement des copies, ni la prévarication des huissiers. Il craint, au contraire, que le demandeur ne guette patiemment pendant de longues années, le moment favorable où son adversaire, condamné sans le savoir, sera privé de tous moyens de preuves nécessaires à la justification de son bon droit. « Or, ajoute-t-il, très justement, un défaillant qui laisse périr ses moyens de défense par le long laps de temps, n'est pas, en général, celui qui a fait défaut par mauvaise foi et par désobéissance à la loi, c'est, au contraire, celui qui n'a pas été averti de l'attaque dirigée contre lui et qui se fût défendu s'il avait connu cette attaque » (1).

Le projet de 1898 a reculé devant les difficultés qu'a rencontrées dans son application l'art. 156, mais il a voulu néanmoins, mettre obstacle aux abus que peut entraîner une exécution tardive ; il conserve le principe de la péremption, et le même délai que celui de notre Code.

(1) Bordeaux, p. 523, ch. XVII.

Toutefois, l'acte interruptif n'est plus l'exécution, mais la signification du jugement de défaut. Il ordonne la signification du jugement dans les six mois, sous peine de déchéance des condamnations prononcées (1).

M. De Rolland adopte le même principe dans son projet monégasque (2) ; il nous donne dans l'*Exposé des Motifs*, les raisons qui l'ont déterminé à ce choix ; le défaillant sera selon lui assez tôt averti, et si, par hasard, l'exploit de signification ne lui parvient pas, il ne peut raisonnablement rien reprocher au demandeur qui a fait ainsi toutes les diligences qu'il est possible raisonnablement de lui imposer (3). La seule différence avec notre projet consiste dans la non commission d'huissier. A Monaco, pays heureux, où il n'existe que deux huissiers, cette mesure serait parfaitement ridicule.

Bien que nous pensions que le soufflement des copies est un mal complètement disparu de nos mœurs judiciaires, il nous paraît préférable de conserver la disposition de notre article 156 *in fine* ; il peut arriver, en effet, l'assignation et la signification se trouvant délivrées en matière de défaut

(1) *Projet de 1898*, t. VI, art. 10. — A défaut de signification dans les six mois de la date du jugement, il y a déchéance du bénéfice des condamnations prononcées.

(2) *Projet du Code Monaco*, art. 216.

(3) De Rolland, *Exposé des Motifs*, p. 168.

à des dates assez rapprochées, que la même circonstance, absence ou voyage, empêche le défaillant d'être touché par les deux exploits. L'exécution, au contraire, est un acte en général plus apparent et presque obligatoirement connu du condamné, c'est elle qui doit être accomplie dans les six mois.

Cependant, puisque cette mesure est prise en faveur du défaillant qui ignore la condamnation dont il a été l'objet, il est inique de la maintenir dans tous les cas ; le législateur doit l'écarter toutes les fois que la connaissance du débat par le défendeur est évidente, or, elle est certaine lorsque l'assignation lui a été délivrée en main propre, ou même lorsque la copie de la signification lui a été remise ; dans ces deux hypothèses le droit commun doit reprendre sa place.

Devons-nous aller plus loin et conclure qu'en dehors de ces cas, toutes les fois qu'il serait établi devant le Tribunal que la partie défaillante a eu parfaitement connaissance de la sentence, l'application de l'art. 156 devrait être repoussée ? Nous ne le pensons pas, cela serait la cause de nombreux procès incidents difficiles à résoudre, et augmenterait dans de notables proportions les frais du défaut.

Le principe de la péremption étant admis, nous

allons nous retrouver aux prises avec les difficultés qu'en présente l'application.

Tout d'abord quelle en est la nature, constitue-t-elle une péremption proprement dite ou une prescription ?

La majorité des auteurs et de la jurisprudence la considèrent comme une prescription (1), nous nous rallions à leur opinion.

Le but du législateur est, en effet, de protéger le défendeur ignorant contre les agissements d'un demandeur de mauvaise foi, attendant pour agir le moment où les preuves qui peuvent exister contre ses prétentions seront détruites ; il y a toujours contre lui présomption de mauvaise foi ; à titre de peine, on lui fait perdre le bénéfice qu'il aurait pu tirer du jugement : « c'est une prescription en faveur de l'ignorance possible du défendeur, c'est une peine contre l'astuce possible du demandeur (2) ». C'est une prescription absolument semblable à celle qui frappe le bénéficiaire d'un jugement contradictoire resté trente ans sans exécuter contre son adversaire ; c'est, en effet, sensiblement le même motif qui a fait introduire la prescription extinctive. « C'est le désir d'empêcher les procès difficiles à juger, dans un intérêt d'ordre et de paix sociale, il importe de liqui-

(1) Chauveau et Carré, *supplément*, n° 484. — Boncenne, p. 57. — Garsonnet, t. VI, 2217. — Glasson, I, p. 456.

(2) Boncenne, p. 57.

der l'arrière et d'éviter les contestations sur des contrats ou sur des faits dont les titres sont perdus et la mémoire effacée (1). »

La pensée du législateur a été la même pour les deux cas, les délais seuls diffèrent.

Le jugement seul se trouvera éteint par cette prescription de six mois, qui laissera subsister aussi bien l'assignation que tous les actes d'exécution pouvant puiser leur source dans un titre étranger au jugement. Sur le premier ajournement qui, en vertu de l'article 2244 du Code civil, aura interrompu la prescription de l'action, le demandeur pourra même obtenir un second jugement, pourvu toutefois que l'instance ne soit pas périmée par le délai de trois ans.

Que doit faire le demandeur pour interrompre la prescription de six mois ?

L'acte exigé du demandeur, pour interrompre la prescription, doit avoir un éclat tel que le défaillant s'occupant normalement de ses affaires, ne pourra rester longtemps sans le connaître ; s'il est en voyage, par exemple, ses parents ou voisins qui ont pu n'attacher aucune importance aux assignation et signification, émus par la situation nouvelle, prendront peut-être leurs dispositions pour le prévenir en temps voulu.

C'est le principe qui doit guider le législateur

(1) Planiol, t. 1, p. 492.

dans l'appréciation des actes nécessaires pour arrêter la prescription.

L'acquiescement au jugement par le défaillant prouve d'une façon parfaite sa connaissance du jugement. Il doit, sans aucun doute, interrompre la prescription, lorsqu'il est donné avant l'expiration du délai de six mois, le contraire serait la perte de celui qu'il veut protéger, car son adversaire se verrait alors obligé, pour conserver son droit, de faire dans les délais des actes d'exécution coûteux et parfaitement inutiles.

Quelle solution donner si l'acquiescement est postérieur au délai de six mois ?

Le jugement est déclaré non avenü par l'article 156 et le défendeur est incapable, d'après certains auteurs, de faire revivre une décision qui n'existe plus. C'est là, pensons-nous, dépasser le but de la loi, c'est-à-dire la protection de l'absent. Il est illogique de refuser à ce dernier le droit de renoncer à cette prescription, lorsqu'il est capable d'accomplir les actes juridiques. Il s'agit d'une prescription acquise, or, l'art. 2220 du Code civil autorise expressément à y renoncer ; la renonciation peut être expresse ou tacite, elle peut résulter soit d'un acquiescement formel, soit de tout autre acte duquel ressort clairement la connaissance du jugement et son acceptation, par exemple l'appel interjeté par le défail-

lant qui n'a pas usé de son droit d'opposition et qui reconnaît ainsi la validité du premier jugement (1).

Quels sont, en dehors de l'acquiescement, les moyens à la disposition du demandeur pour interrompre la prescription ?

Comme nous l'avons dit, l'acte qui interrompt la prescription est celui dont la notoriété est suffisante pour porter le jugement à la connaissance du défaillant condamné.

Nous ne pensons pas que l'exécution exigée par l'art. 156 soit la même que celle qui est prévue dans l'art. 159, comme terme au délai d'opposition, cet article énumère toutes les hypothèses où le jugement sera considéré comme exécuté et il ajoute : « ou lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante ». Cet article régissant les délais d'opposition, il est logique qu'il exige la connaissance de l'exécution par la partie défaillante comme terme du délai, puisque l'opposition exige un acte de cette dernière, cette mesure ne peut, du reste, nuire au demandeur qui conserve tous ses droits ; mais en ce qui concerne la prescription, il n'en va plus de même, il serait injuste de rendre responsable le

(1) Garsonnet, § 2219.

demandeur de ce qu'un acte n'a pu parvenir à la connaissance de son adversaire, la seule obligation qu'on peut lui imposer, c'est de faire toutes les diligences nécessaires pour faire connaître au défaillant le jugement qui le condamne.

L'exécution exigée par l'art. 156 n'est pas une exécution complète (1), mais un commencement d'exécution, la poursuite en paiement de dépens suffit même pour éviter la péremption.

Qu'advient-il lorsqu'aucune exécution n'est possible ?

Le demandeur, au moment d'exécuter le jugement qu'il a obtenu par défaut, trouve une saisie déjà faite par un autre créancier, ou n'arrive pas à rencontrer son adversaire qui n'a ni domicile ni résidence connus, et ne possède aucun bien.

Cette situation en peut cependant préjudicier au demandeur dont la seule obligation est d'exercer toutes les diligences possibles pour arriver à une exécution dans les six mois. Aussi la pratique se contente-t-elle d'un procès-verbal de récolement, lorsque les biens du défendeur auront été saisis par un autre créancier, un procès-verbal de carence lorsque le débiteur ne possède pas de biens (2) pourvu qu'ils soient faits en les formes régulières. Le procès-verbal de carence doit men-

(1) Loaré, p. 329.

(2) Glasson, t. I, p. 457.

tionner que le débiteur est sans domicile ni résidence connus en France, et qu'il ne possède à la connaissance du demandeur aucun autre bien, il faut en effet qu'il soit le seul moyen d'exécuter le jugement.

Une autre difficulté se présente lorsque le défendeur habite l'étranger. Il est impossible, étant donné la complication de la procédure en cette espèce, d'exécuter le jugement dans les six mois, nous pensons en conséquence que l'art. 156 est inapplicable.

Nous devrions étudier à cette place l'exécution contre les tiers, mais cette question nécessite la connaissance des règles de l'opposition, nous l'étudierons donc au paragraphe suivant.

L'article 156 est-il applicable, en ce qui concerne la prescription, aux juridictions d'exception ?

1° TRIBUNAUX DE COMMERCE :

Pour les Tribunaux de Commerce le doute n'est pas possible, l'article 643 du Code de Commerce cite expressément l'art. 156 parmi ceux du Code de procédure auxquels il renvoie.

2° CONSEILS DE PRUD'HOMMES :

La loi du 27 mars 1907, renvoie expressément à l'article 156, aucune difficulté n'est donc possible à ce sujet.

3° JUSTICE DE PAIX :

En matière de Justice de Paix, la précision est moins forte, d'où discussion entre les auteurs ; les uns, nous l'avons vu, prétendent que la procédure ordinaire doit être observée à défaut de texte spécial ; or, sur le point qui nous occupe, le silence de la loi est absolu dans la procédure spéciale à la Justice de Paix, ils en concluent que l'art. 156 doit être applicable (2).

Les auteurs qui ne reconnaissent pas ce principe, prétendent que l'opposition n'étant pas recevable jusqu'au jour de l'exécution, la cause qui avait amené chez le législateur la création de la péremption disparaît, et ils refusent en conséquence l'extension de l'article 156 à cette juridiction.

Comme nous l'avons exposé ci-dessus, nous admettons le principe d'après lequel, à défaut de texte spécial, la procédure ordinaire est applicable aux tribunaux d'exception, mais cependant nous pensons qu'ici il serait contraire à l'intention du législateur d'appliquer à la procédure des Justices de Paix l'art. 136 *in fine* ; on nous objectera probablement que la loi du 17 mars 1907 a prescrit la péremption devant les conseils de Prud'hommes, alors que l'opposition n'est possible

(1) Garsonnet, n° 2220.

(2) Boncenne, t. VII, p. 819. — Bioche, *Juge de paix*, n° 326.

que dans les trois jours de la signification (1), nous pensons que c'est une inconséquence de la loi, elle reprend du reste sur ce point l'erreur qui existait déjà dans la loi du 1^{er} juin 1853(2).

§ 4. — De l'opposition.

Lorsque nous avons exposé les idées générales sur la procédure de défaut, il nous a été impossible de passer l'opposition complètement sous silence, ces deux procédures étant très étroitement liées, l'opposition est dans notre Code le but de la procédure spéciale du défaut ;

L'opposition, nous l'avons vu, est une voie de recours ordinaire, ouverte en principe à tout défaillant contre le jugement qui lui porte préjudice, et par laquelle il revient devant le Tribunal qui a rendu ce jugement pour le prier de le rétracter. Au contraire de l'appel, qui est une voie de réformation, faisant examiner l'affaire une seconde fois, par des juges supérieurs à ceux qui ont prononcé la première sentence, l'opposition est une voie de rétractation qui fait revenir l'af-

(1) Art. 43, *Loi du 27 Mars 1907*, renvoie à l'art. 20 du Code de procédure sur les jugements par défaut, devant les Juges de paix.

(2) Garsonnet, § 2220.

faire, non pas précisément devant les mêmes juges, mais devant la même juridiction, devant le Tribunal du même lieu, pour l'examiner à nouveau, sans tenir compte de la première sentence dont l'effet est suspendu jusqu'au jugement de révision.

Le défaillant qui ne présente pas devant ses juges les objections que nécessitent les prétentions parfois exagérées de son adversaire, peut voir, malgré la complète impartialité des magistrats, la balance de la justice pencher en faveur de son adversaire ; son bon droit ne pouvant se faire jour à travers son silence. Le juge ne peut connaître que ce qui lui est présenté devant les yeux.

Si le défendeur a connu l'instance intentée contre lui, il est en faute de n'avoir pas voulu se présenter pour éclairer les magistrats, et n'est, par conséquent, pas en droit de se plaindre d'une sentence qui lui nuit ; mais, si son absence résulte de son ignorance complète du procès qu'on lui intente, il serait injuste de l'en punir en le condamnant définitivement sans vouloir l'écouter dans l'avenir.

« C'est, dit M. Garsonnet, un principe de droit
» et de justice que nul ne soit définitivement
» condamné sans avoir été entendu, ou du moins
» mis à même de se défendre, de sorte qu'on ne
» puisse voir dans son abstention que l'effet

» d'un aveu, d'une négligence ou d'un parti pris.
» C'est pour cela que les articles 157 et suivants
» ouvrent au défendeur jugé par défaut la voie
» spéciale de recours qu'on nomme l'opposi-
» tion » (1).

Notre principe, qui consiste à considérer la comparution des parties comme un devoir, et leur omission de comparaître, comme un aveu doit nous amener obligatoirement à refuser au défaillant tout droit d'opposition ; M. Allard, nous l'avons vu, suit rigoureusement cette méthode, il supprime complètement l'opposition dans son projet de Code Belge. Un projet Italien de M. Orlando fait également disparaître l'opposition dans tous les cas (2).

Cette règle rigoureuse, est juste toutes les fois que l'individu condamné a été mis à même de se défendre avant le jugement. Si, au contraire, l'action de son adversaire lui est restée inconnue jusqu'au dernier moment, si un jugement a été rendu à son insu, il y a injustice à lui refuser le droit de venir, dès qu'il connaît la situation, s'expliquer devant le magistrat dont la bonne foi a peut-être été surprise par un artifice du demandeur.

Nous pensons donc qu'il est nécessaire d'ac-

(1) Garsonnet, § 2221.

(2) Tissier, *Revue trimestrielle de Droit civil* 1910, p. 572.

corder, par exception, le droit d'opposition au défaillant, dont la cause d'absence a été son ignorance de l'instance ou l'impossibilité de comparaître en temps voulu. Le droit d'opposition ne doit pas être la règle, mais l'exception (1).

Qui peut faire opposition ?

Dans note code de 1806, le droit d'opposition appartient à tout défaillant sans exception, qu'il ait ou non eu connaissance de l'instance intentée contre lui ; il existe toujours en sa faveur une présomption de bonne foi, du reste irréfragable, et qu'en aucune circonstance le demandeur ne peut détruire par un témoignage ou un écrit. Ce système a été adopté par les Codes de Genève (2) et d'Allemagne (3). Certains législateurs refusent l'opposition au défaillant qui a reçu en personne la notification de l'exploit d'ajournement, sa connaissance du débat est certaine, il ne peut la nier, il n'y a plus aucun motif pour lui accorder un droit qui doit être réservé aux individus de bonne foi. Le Code italien suit cette règle, mais il est vrai qu'il enlève également toute voie de recours au défaillant qui a été réassigné sans être touché lui-même par l'exploit (4) ; notre projet de 1898 présume également la mauvaise

(1) « L'opposition devrait être non pas une voie de recours ordinaire mais un remède très exceptionnel ». Tissier, *op. cit.*, p. 573.

(2) *Code de Genève*, art. 128 et suiv.

(3) *C. Pr. Allemand*, § 338.

(4) Allard, *Examen critique du Code d'Italie*, p. 74.

foi du défendeur lorsque l'huissier lui a délivré l'exploit en main propre (1), le projet monégasque suit la même règle (2), mais il prévoit cependant une dérogation pour le cas où une force majeure l'empêchera de se défendre, malgré la connaissance qu'il a pu avoir de l'ouverture de l'instance.

On peut suivre un second système complètement différent de celui que nous venons d'exposer; on peut obliger le défaillant à établir devant les juges, auxquels il demande de se rétracter, l'ignorance où il s'est trouvé de l'instance introduite contre lui; ce serait placer le défendeur dans une situation très désavantageuse, ce serait même supprimer la garantie qu'on lui accorde. A première vue, cette exigence peut paraître légitime, puisque le défendeur défaillant au principal, devient en quelque sorte, demandeur à l'opposition, il doit prouver son droit à cette faveur, bien qu'il conserve dans la nouvelle instance, le rôle qu'il jouait à l'origine. Ce serait, à notre avis, aller complètement à l'encontre du but que le législateur doit se proposer en établissant l'opposition, nous voulons dire la protection du défaillant de bonne foi; s'il est en effet assez facile d'établir un fait, il est au contraire extrêmement difficile, pour ne pas

(1) *Projet 1898...*, art. 9.

(2) *Code Monégasque*, art. 269.

dire impossible, d'établir une abstention d'action, ou la non connaissance d'un fait. Exiger du défaillant qu'il prouve son ignorance de l'instance, nous paraît extrêmement préjudiciable à ses intérêts.

C'est cependant la règle que suit sensiblement le Code de procédure autrichien, il refuse en principe toute voie de rétractation, mais il accorde exceptionnellement ce qu'on appelait en droit romain la *restitutio in integrum*, lorsqu'un événement imprévu ou impossible à empêcher, a été la cause du défaut (1); c'est au défaillant à apporter la preuve certaine de cet événement, mais la loi ne se contente nullement d'un aveu, ou d'un témoignage, elle exige des attestations écrites (2). L'ancien Code autrichien laissait aux magistrats une plus grande liberté dans l'admission de la *restitutio in integrum*, elle exigeait simplement du défaillant, qu'il prouvât n'avoir commis aucune faute relativement au défaut; ce système, avait, d'après M. Pollak, amené des abus considérables et fut la cause de l'introduction de la règle rigoureuse dans le nouveau Code; cette disposition est fortement critiquée par les auteurs autrichiens, mais Pollak la voit avec faveur, parce qu'elle réduit dans une notable proportion les demandes de *restitutio in integrum*.

(1) Art. 146, C. P. C., — Pollak, p. 466 et suiv.

(2) M. Pollak, p. 468.

Nous nous rattacherons à un troisième système, qui ne diffère du premier que par le rejet de l'irréfragabilité des présomptions ; il établit en faveur du défaillant des présomptions de bonne foi, d'ignorance de l'instance, mais il autorise le demandeur à établir que son adversaire a parfaitement connu l'action dans un délai suffisant pour pouvoir comparaître.

Nous pensons que dans certaines circonstances il est parfaitement injuste de permettre au défendeur de retarder indéfiniment l'exécution d'un jugement par une opposition, alors qu'il a parfaitement reçu l'exploit d'ajournement, que rien n'a pu l'empêcher de comparaître, et que cette situation est absolument certaine, s'il a, par exemple, écrit à son adversaire avant le jugement pour transiger, ou même, ce qui arrive parfois, pour l'insulter ou le menacer. Nous estimons que si, par des écrits ou même des témoins, le demandeur au principal peut établir la connaissance parfaite de l'instance par son adversaire, l'opposition doit être purement et simplement rejetée. Le défaillant en faute de n'avoir pas comparu, de n'avoir pas accompli son devoir, ne mérite pas la faveur qui ne doit être accordée qu'aux individus de bonne foi.

On peut nous objecter que cet incident greffé sur une procédure déjà assez longue et coûteuse

en ellè-même va la compliquer davantage. En effet, le demandeur qui a obtenu un jugement par défaut ne manquera pas de prétendre sur l'opposition de son adversaire, que celui-ci a connu l'instance, fait que le défaillant contredira certainement. Cette observation est évidemment fort juste, mais cet inconvénient très grave, il faut le reconnaître, ne serait-il pas compensé par la diminution du nombre des oppositions ?

Nous pensons, au surplus, que le droit d'opposition doit être complètement refusé au défendeur qui a reçu en main propre la notification de l'exploit d'ajournement (1), aucune présomption de bonne foi ne peut exister en sa faveur. Pour éviter toute erreur, il serait nécessaire d'exiger de l'huissier qu'il prévînt la personne à laquelle il remet l'exploit de l'effet de sa non comparution ; le projet de 1898 a introduit une disposition semblable pour la signification du jugement par défaut.

Nous avons critiqué précédemment le droit pour le Tribunal d'ordonner la réassignation dans la crainte d'un abus de la part des huissiers ; ceux-ci s'efforçant à ne pas délivrer l'assignation à la personne même, dans l'espoir d'avoir

(1) Tissier, *Centenaire du Code de procédure*, p. 643.

un nouvel acte à délivrer. N'allons-nous pas rencontrer le même inconvénient avec le système que nous préconisons; certes l'esprit de lucre, très répandu chez les hommes d'affaires, tirera un bon parti de la situation; nous voyons trop souvent en matière de divorce l'huissier, malgré la demande de son client, désireux d'éviter le long délai de huit mois, rechercher fort peu activement le défendeur à la personne duquel il doit signifier. Toutefois, le danger est moins grand ici que dans la réassignation ordonnée par le Tribunal, car, si dans ce dernier cas, les frais sont à la charge du défaillant qui succombe, dans notre espèce, ils restent à la charge du demandeur, qui exercera une surveillance plus étroite sur l'huissier de son choix, auquel il refusera le paiement des exploits inutiles, en cas de mauvaise volonté de sa part.

DÉLAI DE L'OPPOSITION.

En matière de défaut faute de comparaître, il n'existe pas à proprement parler de délai, le défaillant est recevable en son opposition tant que le jugement n'est pas exécuté, « si le jugement est rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement » aux termes de l'article 158, et le comte Treilhard ajoute dans son exposé des motifs : « Pour couper court à toute espèce de subti-

« lité, on a dû définir ce qu'on entend par exé-
« cution un jugement, l'exécution n'est réputée
« faite qu'après un acte nécessairement connu de
« la partie défaillante ». Vient ensuite l'article 159
ainsi rédigé : « Le jugement est réputé exé-
« cuté lorsque les meubles saisis ont été vendus,
« ou que le condamné a été emprisonné ou
« recommandé, ou que la saisie d'un ou de plu-
« sieurs de ses immeubles lui a été notifiée, ou
« que les frais ont été payés, ou enfin, lorsqu'il
« y a quelque acte duquel il résulte que l'exé-
« cution du jugement a été connue de la partie
« défaillante ».

Ces deux articles forment un ensemble qu'on ne peut disloquer pour l'étudier : l'article 158 pose une règle que vient interpréter l'article suivant, cela ressort clairement de l'exposé des motifs. Le législateur, dans l'art. 159, a simplement donné le sens du mot exécution : c'est un acte quelconque qui tend à l'exécution du jugement par défaut, et duquel il résulte obligatoirement que le défaillant n'a pu ignorer la volonté de son adversaire ; le législateur n'exige pas une exécution complète, il veut simplement que la volonté d'exécuter soit portée à la connaissance du défaillant.

Un acte quelconque d'exécution suffira pour mettre obstacle à l'opposition, si le demandeur peut prouver qu'il a été connu de son adversaire ;

soit qu'il ait fait, par exemple, une déclaration mentionnée sur l'acte, ou qu'il soit entré en pourparlers avec le poursuivant.

Au contraire, l'exécution du jugement par défaut fût-elle complète, l'opposition ne cessera pas d'être possible, si normalement elle a pu passer inaperçue du défaillant, et s'il est impossible au demandeur d'établir que son adversaire n'a pas ignoré cette exécution.

Le Code, examinant les cas les plus fréquents d'exécution, la saisie des meubles et celle des immeubles, la contrainte par corps avant la loi de 1867, fixe par avance l'acte qui constituera toujours la présomption de la connaissance de l'exécution par la partie défaillante, mais cette dernière sera, du reste, toujours admise à faire la preuve contraire, c'est une simple présomption. Le Code considère également le paiement des frais par le défendeur comme une connaissance, non pas du jugement, mais de l'exécution, le paiement des frais étant par lui-même une exécution.

Le droit d'opposition peut être fermé pour le défaillant, avant même l'accomplissement d'un des actes énumérés par l'article 159, lorsque le demandeur peut établir la connaissance par son adversaire d'un acte antérieur, constituant un commencement d'exécution ; en matière d'exécution sur les meubles, par exemple, le défaillant sera

débouté de son opposition, même avant la vente, s'il est formellement établi qu'il a connu la saisie faite à son encontre.

Voilà, pensons-nous, l'interprétation le plus juridique des articles 158 et 159 du Code de procédure, mais ce n'est pas l'opinion de tous les auteurs (1).

M. Garsonnet partage les dispositions de ces articles en trois catégories.

1° L'exécution complète du jugement met à tout jamais obstacle à l'opposition, ainsi qu'il découle de l'art. 158.

2° L'opposition est encore arrêtée par les actes spécialement déterminés par la première partie de l'art. 159.

3° Enfin la connaissance de l'exécution prévue par l'article 159 *in fine*, mettra également fin à la voie de recours et tiendra lieu d'exécution complète.

Il résume son système dans la formule suivante : « la voie d'opposition n'est fermée au défendeur qui a fait défaut faute de comparaître, que par les actes qui consomment l'exécution du jugement, ou par ceux qui, sans la consommer, la poussent jusqu'au point indiqué par la loi et par ceux qui, ne la poussent pas aussi loin, mais

(1) Garsonnet, § 2232. — Bioche, *Jugement par défaut*, n° 175. — Boitard, p. 380.

desquels il résulte que l'exécution a été connue du défaillant » (1).

L'intention du législateur, plus clairement exprimée dans l'*Exposé des Motifs*, que dans les textes eux-mêmes, ne permet pas, croyons-nous, d'interpréter en ce sens les articles 158 et 159, bien que le mot « réputer », soit plein d'ambiguïté en lui-même, et semble donner raison à M. Garsonnet. On peut en effet l'expliquer en disant : « l'exécution complète arrête l'opposition », mais sont considérés comme exécution complète, les actes énumérés par la loi, nous l'expliquons, au contraire, en disant que la connaissance d'un acte d'exécution quelconque arrête l'opposition, mais que les actes énumérés doivent être considérés comme portant l'exécution à la connaissance du défaillant.

Il est évident que M. Garsonnet évite par son interprétation des situations pénibles pour le demandeur de bonne foi, qui trouve en face de lui, un adversaire absent, l'exécution complète faite à l'insu de ce dernier, rendra le jugement définitif ; il est vrai que, dans la pratique, l'exécution complète se confondra très souvent avec les actes prévus par l'art. 159 *in fine*, et pouvant être considérés comme portant l'exécution à la connaissance du défaillant.

(1) Garsonnet, § 2232.

D'autre part, M. Garsonnet, qui reconnaît à l'exécution complète une force absolue, puisqu'elle rend le jugement inattaquable par la voie de l'opposition, ne reconnaît pas cette force aux cas prévus par l'article 159 ; il pense que ces présomptions ne sont pas irréfragables et admettent la preuve contraire de la part du défaillant ; il nous semble qu'il est impossible de distinguer entre les deux hypothèses, le Code les ayant mis toutes les deux au même rang.

M. Boncenne interprète ces deux articles d'une façon complètement différente ; il développe, sur le délai d'opposition, une thèse très intéressante et pleine de hardiesse ; pour lui, ce n'est pas la connaissance de l'exécution qu'exige la loi, mais la connaissance du jugement lui-même. Dès le moment où le demandeur pourra prouver au Tribunal que son adversaire connaît le jugement qui le condamne, la voie de l'opposition sera close pour ce dernier, et si le législateur a fixé l'exécution du jugement comme terme final à l'opposition, c'est qu'il a pensé qu'il avait une publicité suffisante pour porter le jugement aux oreilles du défendeur. « C'est toujours en vue de la connaissance du jugement que sont indiquées », dans la première partie de l'art. 159, ces mesures spéciales « dont l'efficacité équivaut à celle d'une véritable exécution » (1).

(1) Boncenne, III, p. 92.

« L'obligation de former opposition au jugement commence dès qu'il apparaît que son existence ne peut plus être ignorée du défaillant, que celui-ci est réputé ne pouvoir plus l'ignorer quand l'exécution se consomme et même auparavant, dès qu'il intervient pour arrêter les poursuites qui le menacent. »

Il appuie cette opinion sur les travaux préparatoires et l'exposé des motifs.

Voilà, certainement, ce que devrait être le Code en matière de péremption du droit d'opposition, mais pouvons-nous tirer du texte de 1806 une interprétation semblable, nous ne le pensons pas, malgré tout notre désir d'approuver une opinion qui donnerait au Code une logique plus grande en la circonstance. Il nous semble, en effet, que la pensée du législateur devait être conforme à l'opinion de l'auteur, mais cette pensée ne ressort pas assez clairement de l'*Exposé des motifs* pour nous permettre de dire avec lui que le copiste a dû commettre une erreur, en mettant le mot exécution aux lieu et place de celui d'existence.

Ce dont on peut s'étonner, c'est que plus de cent ans aient pu s'écouler sans qu'une modification, pourtant bien simple, ne soit venue couper court à toute discussion sur ce point.

Quelques auteurs considèrent comme le plus logique le système de 1806, qui exige la connaissance de l'exécution, parce que, pensent-ils,

« quand même le défendeur connaît l'existence du jugement rendu contre lui par défaut, il peut supposer que l'adversaire ne s'en prévaudra pas, ne poursuivra pas en vertu d'une sentence que la première opposition fera tomber. Le défaillant peut n'y voir qu'une menace insignifiante, qui peut très bien n'être pas suivie d'exécution, et, en conséquence, ne pas encore s'opposer tant qu'on n'a rien fait de plus. » (1).

Nous pensons, au contraire, ce système défectueux, s'il a pu arriver au défendeur d'être condamné sans le savoir, il n'en est pas moins vrai que, lorsqu'il apprend l'existence de ce jugement, il doit le faire réformer sans en attendre l'exécution. Malheureusement, les termes du Code ne nous permettent pas de les interpréter en ce sens, le défendeur doit être admis dans son opposition jusqu'au moment où il a connaissance de l'exécution du jugement.

Nous ne nous dissimulons pas que l'interprétation que nous adoptons est remplie de difficultés dans la pratique, et qu'elle crée pour le demandeur des situations parfois pénibles et même insolubles. Il ne sera jamais à l'abri d'une opposition, lorsque le jugement par défaut sera exécuté à l'insu du défaillant.

Passons, du reste, en revue quelques hypo-

(1) Boltard, t. I, p. 330.

thèses qui ont fait naître de nombreuses discussions :

1° L'EXÉCUTION EST IMPOSSIBLE.

Qu'advient-il lorsque l'exécution est impossible en raison de l'absence de la personne du défaillant et de biens lui appartenant ? Il est impossible alors de procéder à une saisie quelconque, l'huissier dresse ce qu'on appelle un procès-verbal de carence, que l'on signifie ensuite à la partie, ce n'est qu'un essai d'exécution, qui peut certes être considéré comme un commencement d'exécution ; il suffira à arrêter l'opposition, si toutefois le défaillant en a eu connaissance.

2° LA SAISIE-ARRÊT.

Quel est l'effet d'une saisie arrêt ?

La saisie-arrêt pratiquée en vertu d'un jugement par défaut n'en est pas l'exécution complète ; cette dernière n'aura lieu que par le jugement validant la saisie-arrêt ; cependant, c'est un commencement d'exécution qui clôt le droit d'opposition, s'il est possible d'en prouver la connaissance par le défaillant ; « la saisie-arrêt suivie d'un jugement de validité, même rendu par défaut, et de la délivrance des sommes saisies, est une exécution aussi complète qu'une saisie suivie de la vente des meubles, c'est tout ce qu'il était permis d'obtenir par cette voie » (1), mais

(1) Boncenne, p 80.

dans tous les actes qui suivent la saisie-arrêt, nous n'en voyons pas ayant une publicité suffisante pour constituer un « acte duquel il résulte nécessairement que le défaillant en a eu connaissance » ; donc, à aucun moment, la charge de la preuve ne sera renversée, le demandeur sera toujours tenu, pour faire déclarer le défaillant non recevable en son opposition, d'établir que celui-ci connaissait la saisie-arrêt avant d'exercer son recours.

3° JUGEMENT ORDONNANT ENQUÊTE.

L'exécution d'un jugement ordonnant enquête est, l'audition des témoins par le juge commis à cet effet en matière ordinaire, ou devant le Tribunal lui-même en matière sommaire.

Quel est l'acte, dans la procédure d'enquête, capable de produire une publicité suffisante pour porter nécessairement l'exécution aux oreilles du défaillant ? A notre avis, il n'en est aucun ; toute l'enquête peut parfaitement se passer à l'insu de l'intéressé, de sorte qu'à aucun moment le demandeur ne sera déchargé du fardeau de la preuve.

Quel est, d'autre part, l'acte qui commence l'exécution, qui témoigne de la part du bénéficiaire du jugement sa volonté d'exécuter ? C'est, s'il s'agit d'une enquête ordinaire, la requête présentée pour demander au Juge la fixation

du jour de l'audition des témoins et l'ordonnance que le Juge rendra sur cette requête.

C'est donc la connaissance de cette requête qui limitera le droit d'opposition, cette connaissance est certaine si la dénonciation de l'ordonnance fixant le jour de l'enquête est notifiée à la personne même. Cette dénonciation ne peut être assimilée à un commandement, comme l'ont fait certains auteurs, le commandement est une mise en demeure de s'exécuter volontairement sous menace de l'action de la force publique, tandis que par la dénonciation de l'ordonnance, le demandeur fait plus que menacer, il prévient du jour de l'exécution (1).

Voilà ce qui nous semble le plus logique, la jurisprudence admet du reste, avec plusieurs auteurs, que la notification de l'ordonnance ferme le délai d'opposition.

L'article 259 du Code de procédure civile, appuie notre raisonnement : « L'enquête est censée commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge-commissaire, à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heure par lui indiqués ».

Cependant, comme rien ne peut être simple en matière de procédure, un obstacle nouveau vient encore compliquer cette matière de l'opposition

(1) *Contrà*, Duparquet, Thèse, p. 151.

au jugement par défaut, ordonnant l'enquête, c'est l'art. 257 du Code de procédure :

« Si l'enquête est faite au même lieu où le jugement a été rendu, ou dans la distance de trois myriamètres, elle sera commencée dans la huitaine du jour de la signification à avoué, si le jugement est rendu contre une partie qui n'avait point d'avoué, le délai courra du jour de la signification à personne ou domicile ; ces délais courent également contre celui qui a signifié le jugement, le tout à peine de nullité ».

Si le jugement est susceptible d'opposition, le délai courra du jour de l'expiration des délais de l'opposition.

Le dernier paragraphe de cet article semble être rédigé pour arrêter le malheureux demandeur dans son élan à demander justice lorsque l'adversaire se dérobe et qu'il n'a d'autres moyens de prouver son bon droit que la voie de l'enquête.

Il lui dit, en effet : « Tu ne peux exécuter ton jugement par défaut que par l'enquête qu'il ordonne, et tu n'ouvriras l'enquête que lorsque tu auras exécuté. »

Cet article semble donc vouloir empêcher de nombreux ménages de se dissoudre, en rendant impossible les divorces par défaut, lorsque le seul moyen de preuve est l'enquête ; il est vrai qu'en

matière de divorce on peut encore tourner la difficulté par les mesures provisoires, que l'on exécutera avant l'ouverture de l'enquête, mais alors surgit une autre difficulté : l'enquête doit être ouverte dans la huitaine de la signification du jugement à partie, chose impossible puisque l'article 155 défend l'exécution pendant ce délai.

Nous pouvons imaginer de suite les nombreux puzzles que ces articles ont pu créer, à la grande joie des auteurs, que de nombreuses figures on peut faire en découpant en tous les sens cet article, et en le mélangeant avec d'autres articles non moins confus.

De nombreux auteurs ont cherché à expliquer ce texte; malgré mes efforts, très modestes, il est vrai, je crois impossible de concilier entre elles les deux dispositions de l'art. 257. La deuxième partie doit être une erreur de la part du législateur, il a oublié, au moment de cette rédaction, l'innovation qu'il avait introduite, et il s'est reporté au système de l'ordonnance de 1667 (1) qui n'admettait l'opposition que dans la huitaine du jour de la signification, même en matière de défaut faute de comparaître (2).

Il faut donc rayer complètement ce dernier paragraphe, et comprendre que l'enquête doit

(1) *Ordonnance de 1667*, titre XXXV, art. 3.

(2) Glasson, *Traité de procédure*, t. I, p. 578. — Glasson, *Réforme du Code de procédure*, XII, p. 229. — Garsonnet, § 2225.

toujours être ouverte dans la huitaine de la signification à avoué, s'il y en a un, à partie dans le cas contraire.

C'est donc une dérogation à l'article 155 qui défend l'exécution dans la huitaine de la signification au jugement par défaut.

4° EXÉCUTION CONTRE UN TIERS.

L'art. 548 déclare qu'un jugement par défaut ne peut être exécuté contre un tiers, « même après les délais de l'opposition, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie poursuivante, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition, ni appel ».

Il faut donc, pour qu'un jugement par défaut faute de comparaître puisse être exécuté contre un tiers, qu'il ne soit plus susceptible d'opposition, nous retrouvons ici le même cercle vicieux qu'en matière d'enquête ; pour exécuter, il faut que l'opposition soit impossible, et pour que l'opposition devienne impossible, il faut que le défaillant ait connu l'exécution.

Ici, encore, le législateur a dû oublier l'innovation introduite dans le Code en matière de défaut faute de comparaître, l'art. 548 parle, en effet, « des délais d'opposition », or nous avons vu qu'il n'existe point de délai pour faire opposition à un jugement par défaut faute de compa-

raître. Une réforme s'impose donc pour éviter les difficultés qui surgissent continuellement dans l'application de cet article. Les efforts faits pour l'interpréter, n'ont abouti qu'à la découverte de moyens de détourner la loi sans l'appliquer.

Nous estimons que, d'après la rédaction actuelle du Code de procédure, l'exécution contre un tiers, lorsqu'elle est possible, n'arrête nullement l'opposition tant que le défaillant n'en a pas connaissance.

Quelles réformes a fait sur ce point le projet de 1898 ?

Le projet distingue trois cas :

1° La signification du jugement par défaut a été faite à la personne même du défaillant :

« L'huissier qui, lors de la signification, parle
« au défaillant en personne, doit le requérir de
« signer l'original et lui faire connaître qu'il doit
« former opposition dans la quinzaine, à peine
« de déchéance. Mention de la réquisition est
« insérée, à peine de nullité, dans l'exploit de si-
« gnification. En cas d'impossibilité ou de refus
« de signer, il en est fait également mention à
« peine de nullité » (1).

L'article suivant fixe dans ce cas à quinze jours le délai d'opposition.

(1) *Projet 1898*, l. II, t. VI, art. 8.

Aucune exception n'est apportée à cette règle, le défaillant ne peut se plaindre d'être surpris par un délai trop court, puisque le législateur impose à l'huissier chargé de signifier, l'obligation de le prévenir du délai qu'il a pour exercer son droit ; l'huissier ne peut omettre cette déclaration, puisqu'il doit en rapporter la justification sur son original.

La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail fixe également à quinze jours le délai d'opposition au cas de signification à personne, mais elle n'oblige pas à prévenir le défaillant de ses droits (1). Cette loi ne fait, du reste, aucune autre dérogation au Code.

L'article 247 du Code civil sur la procédure de divorce apporte également une dérogation à la règle générale ; il réduit à un mois le délai d'opposition, lorsque la signification a été faite à la personne ; cette disposition a été, du reste, étendue à la séparation de corps par la loi du 14 juillet 1909.

2° La signification n'a pas été faite à la personne du défaillant, mais l'exécution est possible.

Ici, le législateur a repris le système de 1806, en y introduisant de très légères modifications.

L'opposition est recevable « tant que le dé-

(1) *Loi du 9 avril 1898*, art. 17 : « L'opposition ne sera plus recevable en cas de jugement par défaut contre partie, lorsque le jugement aura été signifié à personne, passé le délai de quinze jours après cette signification. »

faillant n'a pas exécuté le jugement ou qu'il n'a pas eu connaissance de l'exécution » (1).

Cette disposition est une simple explication de l'article 158, elle efface uniquement les doutes qui planaient sur son interprétation ; l'exécution complète ne suffit pas à fermer la voie de l'opposition, tant qu'elle n'aura pas été connue du défaillant ; d'autre part, cette connaissance de l'exécution est évidente, lorsque le défaillant a volontairement exécuté le jugement.

Le projet est donc d'accord avec nous sur l'interprétation du Code de 1806.

Mais est-ce la connaissance de l'exécution complète qu'il exige ? La réponse semble contenue dans la fin du paragraphe 1 de l'article 11 : « un délai de huit jours est accordé au défendeur pour former son opposition, à partir de la connaissance qu'il a eue des actes d'exécution ». Ces derniers mots « actes d'exécution », semblent bien indiquer des actes quelconques tendant à l'exécution.

L'article 11 reprend du reste à l'article 159 les hypothèses dans lesquelles l'exécution est présumée connue du défaillant ; toutefois en matière d'exécution sur les meubles, il n'exige plus que la vente ait été faite, il lui suffit que la saisie ait été opérée en la présence du défaillant

(1) *Projet*, l. II, t. VI, art. 11.

ou lui ait été notifiée. Il n'admet plus dans les présomptions, le paiement des frais.

La nouvelle loi donne au défaillant un temps de réflexion à compter du moment où il apprend la volonté de son adversaire d'exécuter contre lui, il lui accorde un délai de huit jours.

3° L'exécution n'a pas été possible.

« Lorsque le jugement n'a pu recevoir aucune
« exécution, il est dressé procès-verbal de ca-
« rence. Ce procès-verbal est rendu public dans
« les formes et les conditions qui seront détermi-
« minées par un règlement d'administration
« publique.

« L'opposition n'est plus recevable huit mois
« après le dernier acte de publicité » (1).

C'est dans la loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce que le législateur a puisé l'idée de cette publicité; l'article 247 du Code civil, modifié par cette loi et étendu à la séparation de corps, par la loi du 14 juillet 1909, distingue entre les jugements par défaut signifiés à personne même et ceux qui sont signifiés au domicile, au maire ou au parquet; dans le premier cas, nous l'avons vu plus haut, le délai d'opposition n'est que d'un mois. Pour les autres cas, on publie le jugement dans les journaux fixés par ordonnance du Président du Tribunal, l'opposition est rece-

(1) *Projet*, art. 12, l. II, t. VI.

vable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité.

Pourquoi les auteurs de ces deux lois ont-ils choisi ce délai de huit mois ? Ce délai n'a pas été fixé arbitrairement, c'est le délai des ajournements pour les individus domiciliés hors de France (1).

Tandis que l'article 247 ordonne la publication du jugement de défaut lui-même, l'article 12 du projet entrevoit la publication du procès-verbal de carence ; cela est logique, puisque le législateur de 1898, ayant fixé comme expiration du délai d'opposition la connaissance de l'exécution, c'est bien l'acte d'exécution lui-même, c'est-à-dire le procès-verbal de carence, qu'il faut rendre public.

Un aussi long délai ne nous paraît pas justifié ; nous croyons qu'on pourrait l'abréger sans craindre de nuire aux intéressés, même en matière de divorce (2), du moins avec le système de publicité tel qu'il est entendu par la loi de 1886 et le projet de 1898.

La publicité consiste, en effet, en une seule insertion dans un ou plusieurs journaux ; or, il nous semble que le défaillant ne sera pas plus averti au bout de huit mois qu'au bout de quel-

(1) Carpentier, *Loi du 18 avril 1886. Projet du Code de procédure. Exposé des motifs*, l. II, t. VI.

(2) *Contrà.* Carpentier, *Loi du 18 avril 1886.*

ques jours. C'est en effet le jour même, ou du moins dans un délai très rapproché, que les quelques lignes annonçant le jugement ou le procès-verbal de carence risquent d'être lues par l'intéressé, mais au bout de huit mois, le numéro du journal est depuis longtemps oublié.

Ce délai serait utile; si l'insertion était renouvelée plusieurs fois dans l'intervalle; il serait préférable de faire paraître l'insertion tous les mois par exemple, et de faire courir le délai à compter du premier acte de publicité.

Nous tenons à signaler également, que dans la pratique, la publicité édictée par l'article 247, devient purement illusoire; en effet, les insertions paraissent la plupart du temps dans des journaux d'annonces régionaux, qui ne sont lus que par une très petite minorité; une seule insertion dans un tel journal, nous paraît complètement inutile. Monsieur Bordeaux disait déjà, en 1857: « L'insertion d'annonces dans ces petites affiches que
« personne ne lit, paraît une autre protestation
« contre nos journaux modernes(1). » Et il ajoute :
« Il serait curieux de comparer le moyens qu'emploie la loi, pour assurer une publicité indispensable à l'exécution de ses actes, et ceux
« qu'emploie l'industrie privée pour annoncer
« les ventes volontaires, les spectacles, les spé-

(1) Bordeaux, p. 575.

« culations de toute espèce. Il serait non moins
« piquant de comparer le prix de revient de la
« publicité légale et ceux de la publicité privée,
« puis ensuite de rapprocher les résultats de la
« publicité routinière et impuissante prescrite
« par la loi, et ceux de la publicité intelligente et
« efficace de l'industrie contemporaine (1). »

Je crois que nous pouvons encore adopter aujourd'hui les conclusions de l'éminent auteur; peut-être, lit-on davantage les petites affiches dans le commerce, mais le cercle des lecteurs de ces journaux particuliers est trop restreint pour que l'on puisse considérer comme une publicité utile les insertions qui y paraissent.

Le projet de 1898 n'a donc pas apporté de grandes modifications à l'opposition, telle qu'elle était régie par le Code de procédure, « il n'a procédé que par tâtonnements » (2).

Nous ne pouvons puiser dans le Code monégasque des enseignements utiles à ce sujet ; il a étroitement copié le projet français, sauf sur un point. Il supprime le droit d'opposition au défaut qui a été personnellement touché par l'exploit d'ajournement, à moins que son défaut soit dû uniquement à la force majeure (3).

(1) Bordeaux, p. 576.

(2) Raoul de la Grasserie, *Etude critique sur le projet de révision du Code de procédure civile*, p. 55.

(3) *Code monégasque*, art. 219.

Nous trouvons à Genève un système complètement différent.

En principe, le défaillant peut se faire relever du défaut prononcé contre lui dans les vingt jours qui suivent la signification du jugement (1).

Le délai d'opposition est donc très court, mais le Code vient tempérer cette rigueur par de nombreuses exceptions.

1° Si au moment du jugement, le défaillant est absent ou non domicilié dans le canton, les juges pourront lui accorder dans le jugement un délai plus long (2).

Il ne faut pas entendre le mot absent, dans le sens que nous lui connaissons en Droit français, incertitude entre la vie et la mort, mais il faut l'entendre dans le sens ordinaire du mot, éloignement prolongé de son domicile.

Nous retrouvons ici les dispositions de l'article 21 de notre Code, sur les jugements par défaut, devant le Juge de Paix. Le délai d'opposition est, en cette matière, de trois jours après la signification du jugement, mais en raison de la brièveté du délai, la loi a donné au Juge le pouvoir de l'augmenter toutes les fois qu'il saura « par lui-même ou par les représentations qui « lui seront faites à l'audience par les proches, « voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a

(1) *C. pr. Genève*, art. 128.

(2) *C. pr. Genève*, art. 129.

« pu être instruit de la procédure ; il pourra, en
« adjugeant le défaut, fixer pour le délai de l'op-
« position le temps qui lui paraîtra convenable » (1).
Cette faculté est également accordée aux conseils
de prud'hommes, depuis la loi du 27 mars 1907.

2° Enfin, lorsque le délai de 20 jours ou le
délai fixé par le Juge est écoulé, le défaillant peut
cependant faire opposition, s'il établit « qu'à rai-
« son d'absence, de maladie grave ou d'autre
« circonstance de force majeure, il n'a pu con-
« naître l'instance ni le jugement, ou former
« opposition dans le délai fixé » (2).

Nous retrouvons cette disposition également
dans notre Code. L'article 21 admet le défaillant à
se faire relever du jugement s'il établit, qu'à raison
d'absence ou de maladie grave, il n'a pu être ins-
truit de la procédure ; aucun délai n'est fixé pour
demander cette rétractation du défaut, mais il est
admis à faire la preuve en tout temps, même
après l'exécution du jugement. A Genève, l'arti-
cle 131 déclare que « l'opposition ne sera plus
« recevable, si, dès la cessation de l'obstacle, ou
« dès la connaissance acquise de l'instance, du
« jugement ou d'un acte d'exécution, le défaillant
« a laissé écouler, sans former opposition, présent
« le délai de vingt jours, absent le délai estimé
« nécessaire d'après la distance des lieux. »

(2) *C. P. civile*, art. 21.

(2) *C. P. Genève*, art. 130.

Voilà donc une première péremption, le défaillant ne pourra plus faire opposition, vingt jours à partir du moment où il découvrira l'existence d'un jugement contre lui, ou vingt jours après la disparition de l'obstacle qui l'avait empêché de faire opposition ; en cas d'absence, le Tribunal sera juge du délai à lui accorder.

Enfin, l'opposition cessera définitivement d'être recevable un an après l'entière exécution du jugement, ou cinq ans après sa signification (1).

Nous remarquons que le législateur de Genève considère comme terme du droit d'opposition, non pas ainsi que dans notre Droit, la connaissance de l'exécution, mais celle du jugement lui-même ; la signification du jugement constitue une présomption de la connaissance du jugement. Cette présomption n'est pas irréfragable, et le défaillant est admis à faire la preuve contraire. Cependant malgré toute la sollicitude que le législateur a pu avoir pour le défaillant de bonne foi, il a cru devoir mettre un frein à toutes les discussions souvent stériles, en raison de leur tardivité ; il a fixé un terme maximum à l'opposition, un an après une exécution complète, ou cinq ans après la signification du jugement.

Ce sont sensiblement les mêmes dispositions que nous rencontrons dans le Code allemand. Le

(1) Art. 132.

délai est en principe de deux semaines, à partir de la signification du jugement ; latitude est du reste laissée au Tribunal, d'accorder un délai plus long, si la signification doit être faite à l'étranger ou par publication (1). Mais lorsque la signification n'a pas touché le défaillant, sans qu'il y ait faute de sa part, le Code allemand lui octroie « la *restitutio in integrum* » (2) qu'il doit demander dans les deux semaines du jour où cesse l'empêchement ; toutefois « la *restitutio in integrum* » ne peut plus être accordée lorsqu'il s'est écoulé une année depuis l'expiration du délai de quinzaine après la signification (3).

Le Code autrichien refuse, en principe, au défaillant toute voie de rétractation, mais il accorde cependant une *restitutio in integrum*, qui doit être demandée quatorze jours à partir du jour où l'empêchement qui a causé le défaut a disparu ; elle n'est accordée que si le défaut a été causé par un événement imprévu ou impossible à empêcher (4). Ce dernier Code est très rigoureux, il refuse la *restitutio in integrum* au défaillant qui se trouve en droit de l'obtenir, s'il a, à sa disposition un autre moyen de droit pour ne pas souf-

(1) Art. 339, *Code procédure allemand*.

(2) Art. 233, *Ibid.*

(3) Art. 233, *Ibid.*

(4) *Code procédure autrichien*, art. 146.

frir du dommage qu'a pu lui causer le jugement par défaut, s'il peut suppléer autrement l'action qu'il a négligée (1).

Les Codes de Genève et d'Allemagne, par l'admission du défendeur à prouver son impossibilité de comparaître ou de faire opposition, ouvrent la porte à de nombreux incidents greffés sur la cause principale. Au moment de l'exécution, le défaillant de mauvaise foi ne manquera pas de faire opposition, même après l'expiration des délais (3); on discutera alors sur la valeur de ce recours, le défaillant prétendra n'avoir pas eu connaissance du jugement dans les quinze jours de la signification, ce qui sera contredit par son adversaire (2). Le législateur autrichien, frappé de ces inconvénients, a restreint, dans de notables proportions, la *restitutio in integrum*, il ne l'accorde que sur des preuves écrites (3).

Ces dispositions doivent, sans contredit, favoriser la chicane, mais ce système est cependant préférable à celui de notre Code, qui, plein d'embûches et d'impossibilités, est en même temps illogique, puisqu'il exige la connaissance de l'exécution et non celle du jugement comme expiration du délai d'opposition.

(1) *Ibid.*, art. 247.

(2) Regnard, n° 421 et suiv.

(3) Pollak, p. 468.

Nous pensons qu'à la législation actuelle on pourrait, sans inconvénient, substituer le système suivant :

I. — *L'assignation est délivrée à la personne elle-même.*

Dans ce cas, le jugement de défaut ne doit pas être susceptible d'opposition ; il serait juste d'assimiler à ce cas celui où le demandeur peut établir, mais par des preuves écrites seulement, la connaissance de la procédure par le défendeur, en temps utile pour constituer avoué ; nous pensons que cette preuve devrait être fournie au moment même du jugement par défaut, qui prononcerait en même temps la suppression du droit d'opposition.

II. — *Le défendeur n'a pas eu connaissance de l'instance.*

1° La signification lui a été délivrée à lui-même.

Un simple délai de quinze ou vingt jours est suffisant pour exercer le recours ; mais il faut exiger de l'huissier qu'il avertisse spécialement le défendeur de la conséquence du retard à faire opposition ; une mention, signée de l'intéressé, doit être portée sur l'exploit.

2° La signification n'est pas faite à personne, mais à domicile.

Le délai ne doit pas être plus long que dans le cas précédent, mais ainsi que dans le Code

de Genève, nous admettrons une exception à cette règle rigoureuse lorsque le défaillant peut établir que son abstention est la cause d'une absence, d'un cas fortuit ou d'une maladie grave.

Nous pensons que cette faculté de se faire relever du délai d'opposition, ne pourra être perpétuelle ; elle devra cesser un an après la signification du jugement, car s'il est juste de protéger l'individu de bonne foi qui ignore une situation créée contre lui, il est nécessaire, pour l'ordre social, de ne pas conserver indéfiniment des situations indécises qui peuvent se trouver renversées à tout moment. Le bon ordre social est fait de concessions par l'individu libre à la société.

3^o La signification n'a pas été faite au domicile, mais à des voisins, au Maire ou au Parquet.

Nous pensons qu'il est nécessaire de procéder à une publicité quelconque, mais différente de celle que nous connaissons aujourd'hui en matière de divorce.

La publicité doit être faite dans des journaux ordinaires, et non dans des journaux spéciaux ; elle peut, sans inconvénient paraître dans des journaux régionaux, lorsque le domicile du défaillant ne fait aucun doute, et, au contraire, dans de grands journaux lorsque le domicile est inconnu. Parallèlement à cette ré-

forme, il serait bon d'éduquer le Français à la lecture des annonces légales, on tirerait de cette éducation un très bon parti.

Cette publicité ne doit pas paraître une seule fois dans un ou plusieurs journaux, mais plusieurs fois, à intervalles réguliers, tous les mois, par exemple, pendant quatre mois, le délai d'opposition cesserait alors un mois après le dernier acte de publicité ; nous croyons ce système préférable à celui de l'art. 247, nous pensons en effet, qu'il n'y a aucun danger à abréger le délai de huit mois.

FORMES DE L'OPPOSITION.

Les formes de l'opposition en matière de défaut faute de comparaître sont régies par l'art. 162 (1) qui prévoit deux phases dans l'opposition.

1° L'opposition doit être formée par un acte extrajudiciaire, ou par une déclaration sur les actes d'exécution.

L'acte extrajudiciaire doit émaner de l'opposant lui-même, il doit être fait avant l'exécution

(1) Art. 161. — Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition pourra être formée soit par acte extrajudiciaire, soit par déclaration sur les commandements procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement ou tout autre acte d'exécution, à la charge par l'opposant de le réitérer avec constitution d'avoué par requête, dans la huitaine ; passé lequel temps elle ne sera plus recevable et l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner.

par exploit d'huissier signifié au demandeur même à un domicile réel ou à son domicile élu.

Quant à la déclaration sur les actes d'exécution, elle est faite au moment où l'exécution commence, c'est-à-dire à l'extrême limite du droit d'opposition ; aussi, malgré le silence de la loi sur ce point, les auteurs et la jurisprudence admettent à faire cette déclaration, non seulement l'intéressé lui-même, mais sa femme, ses parents et les serviteurs ; cela est très légitime, en raison du peu de temps qui reste pour exercer le recours.

2° L'opposition doit être réitérée dans la huitaine par requête avec institution d'avoué.

L'avoué nouvellement constitué pour l'opposition signifie à l'avoué du demandeur une requête dans laquelle il énumère les moyens qu'il entend produire à l'opposition, et cela sous peine de nullité.

Ces articles du Code ne donnent pas lieu à autant de controverses que ceux qui régissent les délais, toutefois quelques discussions sont nées sur la nature des actes d'opposition.

Ne peut-on remplacer les actes prévus par la loi, par des actes similaires ? L'art. 162 exige un acte extrajudiciaire, mais rien n'empêche, à notre avis, de lui substituer un acte judiciaire qui a par lui-même plus de force ; nous pensons qu'il est possible en effet, de faire opposition par

un exploit d'ajournement, contenant constitution d'avoué, pourvu que les moyens y soient énumérés; l'acte judiciaire a au surplus l'avantage de supprimer la réitération dans la huitaine, puisqu'il joue exactement le même rôle, et simplifie la Procédure.

Il est possible, en outre, de négliger l'acte extrajudiciaire, pour exercer directement le recours par la requête contenant constitution d'avoué et les moyens d'opposition.

La loi, en désignant l'acte extrajudiciaire ou les mentions sur les actes d'exécution, n'a voulu que faciliter au défaillant son droit d'opposition, qui se trouve fermé au moment même où il apprend l'exécution faite contre lui; la loi n'accordant aucun délai à partir de ce moment, il est légitime qu'elle mette à la disposition de l'intéressé un moyen rapide d'exercer son droit, mais l'acte accompli en cet instant n'est que provisoire, il doit être complété dans la huitaine. Il est donc naturel que le défaillant qui a devant lui le temps nécessaire, qui n'est pas menacé d'une exécution trop proche, puisse immédiatement adresser à l'avoué de son adversaire, la requête motivée qui est la véritable voie d'opposition.

Le projet de 1898 exige pour l'opposition un acte d'avoué à avoué contenant des conclusions motivées; mais, en outre, il admet l'acte extrajudiciaire et la déclaration sur les commande-

ments ou tous actes ou procès-verbaux, comportant exécution du jugement, sous condition pour ce dernier cas de réitérer l'opposition dans la huitaine par une requête; le projet se contente donc d'interpréter le Code de 1806; il ne reconnaît qu'une façon de faire opposition : la requête d'avoué à avoué; mais, comme le défaillant peut être surpris par une exécution trop rapide, il suspendra cette exécution en déclarant son intention d'exercer son recours dans la huitaine; c'est là, il nous semble, la meilleure façon d'opérer, et qui ne vient pas en contradiction avec ce que nous avons dit sur l'opposition.

Dans les procédures étrangères, où le ministère d'avoué n'est pas obligatoire, la requête est remplacée par un exploit d'ajournement (1) qui produit le même résultat, mais les lois ne prévoient pas un moyen de faire obstacle immédiat à une exécution qui viendrait surprendre le défaillant; cela vient de ce qu'en principe l'opposition n'est pas recevable jusqu'à l'exécution, cependant l'opposition étant, sauf en Autriche, suspensive de l'exécution, le système du projet français est préférable pour le défaillant.

Le système monégasque est celui de notre pro-

(1) *Genève*, art. 141. — *Allemagne*, 340. — *Autriche*, 149.

jet, sauf pour la requête remplacée alors par un exploit d'ajournement (1).

EFFETS DE L'OPPOSITION.

Nous n'aurons pas à nous attarder longuement sur les effets de l'opposition, car nous avons étudié, à propos de l'exécution des jugements par défaut, l'effet le plus important, je veux dire la suspension de l'exécution lorsque le Tribunal n'a pas ordonné l'exécution provisoire. Il est nécessaire cependant d'examiner quelques questions importantes.

I. — *Qui doit se faire juge de la légalité de l'opposition ?*

L'opposition irrégulière en la forme ou tardive suspendra-t-elle l'exécution, et la question devra-t-elle être tranchée par le Tribunal avant de pouvoir continuer les poursuites ?

Rien dans notre Code ne vient trancher la difficulté quand au défaut faute de comparaître ; au contraire, dans l'article 161 sur le défaut faute de conclure, il est spécifié que « l'opposition qui ne sera pas signifiée dans cette forme n'arrêtera pas l'exécution, elle sera rejetée sur un simple acte et sans qu'il soit besoin d'aucune autre instruction. »

L'article semble dire que l'exécution sera toujours suspendue par une opposition, même irrégulière, et que le seul moyen de régler le différend est d'aller devant le Tribunal, qui jugera

(2) *Code monégasque*, art. 224.

sur un simple acte ; mais la plupart des auteurs pensent que cette interprétation est erronée, le demandeur peut continuer à exercer ses poursuites malgré une opposition irrégulière, mais à ses risques et périls ; lorsque l'opposant, voulant faire statuer sur la validité de son opposition, aura porté l'affaire à l'audience ; le Tribunal, si l'opposition est irrégulière, le constatera en repoussant la prétention de l'opposant, et ce, sur un simple acte (1).

Cette disposition de l'article 161 doit s'étendre au défaut de comparaitre, car, dans le premier projet du Code, les articles 160, 161 et 162 formaient deux articles ; seulement, quand on les sépara, on ne songea pas à faire revivre dans l'article 162 les dispositions de l'article 161, elles qui doivent cependant s'appliquer au défaut faute de comparaitre. L'article 162 prévoit uniquement le cas où la réitération dans la huitaine n'aura pas été faite, ou faite tardivement, et il dit que « l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de le faire ordonner ». Mais, en dehors de ce cas, si l'opposition, bien que réitérée, est nulle ou tardive, le demandeur pourra continuer sa poursuite à ses risques et périls.

Le projet de réforme du Code de procédure est muet sur ce point, mais il semble adopter cette

(1) Boncenne, t. III, p. 137. — Garsonnet, § 2263.

règle de notre Code, lorsqu'il dit que l'opposition *régulièrement formée* suspend l'exécution ; *a contrario*, il est assez logique de conclure qu'elle ne produit plus d'effet, lorsqu'elle est faite irrégulièrement.

C'est, à notre avis, le système le plus logique, car il serait inique d'obliger le demandeur à supporter les conséquences d'une faute de son adversaire, qui pourrait profiter du retard apporté par une opposition parfaitement nulle, pour se rendre insolvable.

II. — *L'opposition fait revenir l'affaire devant la juridiction qui a déjà jugé la première fois.*

Nous disons devant la juridiction, car si l'affaire doit revenir devant le Tribunal même qui a prononcé le jugement par défaut, il n'est pas nécessaire que ce soit absolument devant les mêmes juges, ni même devant la même Chambre.

Mais quel est l'effet de l'opposition sur le premier jugement ?

Nous nous trouvons en présence de deux théories contraires. La jurisprudence et quelques auteurs voient dans l'opposition un anéantissement complet du premier jugement, la jurisprudence de Cour de Cassation est absolument fixée dans ce sens aujourd'hui ; l'opposition remet les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le jugement. Les conséquences de cette théorie sont très graves, toutes les mesures ordonnées par le

premier jugement tombent complètement. Les mesures conservatoires telles que les saisies-arrêts et inscriptions d'hypothèques sont annulées rétroactivement, toutes les poursuites encrées sont anéanties; les nullités qui peuvent exister dans le jugement de procédure peuvent être régularisées; d'autre part, des nouvelles conclusions peuvent être prises par le demandeur; il peut corriger, augmenter celles qu'il a prises précédemment; le Juge, pour statuer, ne peut prendre en considération que les éléments existant au moment du jugement sur opposition.

La doctrine est divisée sur cette question. Si quelques auteurs admettent la théorie de la jurisprudence (1), la plupart ne voient dans l'opposition régulière qu'une simple suspension de l'exécution du jugement primitif jusqu'au jour de sa confirmation ou de sa destruction par le second jugement; ce caractère suspensif est contenu, à leur avis: 1° dans l'article 159 « l'opposition formée dans les délais ci-dessus et dans les formes ci-après prescrites *suspend* l'exécution, si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition »; 2° dans l'article 155 qui autorise l'exécution provisoire et qui serait incompréhensible si le jugement par défaut devait être anéanti par l'opposition. M. Glasson dans une note sous

(1) Boncenne, t. III, p. 123. — Chauveau sur Carré, p. 661.

L'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1889 (1), déclare « si l'on s'en tient au texte du code de « procéuure, il faut bien reconnaître que la loi « parle toujours de l'effet suspensif de l'opposi- « tion, et nulle part elle ne dit que l'opposition « anéantisse le jugement. »

Par conséquent d'après cette doctrine, les mesures prises en vertu du premier jugement subsistent, mais sont suspendues, le chef du premier jugement qui en a ordonné l'exécution provisoire sans caution s'étend de plein droit au jugement confirmatif (3); il est vrai que la conséquence rigoureuse de cette théorie est le refus au demandeur de modifier ses conclusions primitives ou d'en prendre de nouvelles; toutefois, certains auteurs estiment que ce n'est pas une conséquence nécessaire du système qui limite les effets de l'opposition, si, en matière d'appel, la loi n'admet pas les demandes nouvelles, c'est parce que les demandes ainsi admises n'auront pas subi le premier degré de juridiction, mais les mêmes motifs n'existent plus en cas d'opposition, l'affaire devant être examinée par les juges du premier degré (4).

(1) D. P., 1890, I. 71.

(2) Garsonnet, t. VI, n° 2270.

(3) *Ibid.*

(4) Glasson, sous l'article précité.

III. *Rédaction du Jugement.*

Nous trouvons la rédaction du jugement sur opposition absolument défectueuse, une réforme est nécessaire pour éviter les frais et rendre plus claires les décisions prises.

En effet, sous prétexte que le premier jugement est le seul qui produise effet, en cas de confirmation on se contente de dire dans le dispositif que le jugement par défaut est confirmé; il est donc nécessaire, si l'on veut connaître le dispositif du premier jugement, de le lever également.

Il serait facile pour éviter ces frais inutiles, de reprendre le premier jugement dans le dispositif du second.

IV. — *L'opposition à jugement de débouté d'opposition n'est pas recevable.*

L'article 165 déclare que « l'opposition ne pourra jamais être reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une d'une première opposition », cette règle suivie par toutes les législations est juste est nécessaire; il fallait l'énoncer expressément dans une législation ou la connaissance du jugement, ne met pas obstacle au recours.

Dans une législation admettant au contraire comme dernier délai, le jour de la connaissance du jugement, il est inutile de conserver une telle disposition, l'opposition étant une preuve certaine de la connaissance du jugement de défaut.

CHAPITRE III

PLUSIEURS DÉFENDEURS

§ 1^{er}. — **Tous les défendeurs font défaut.**

Art. 151. — Lorsque plusieurs parties auront été citées pour le même objet, à différents délais, il ne sera pris défaut contre aucune d'elles qu'après l'échéance du plus long délai.

Art. 152. Toutes les parties appelées et défaillantes seront comprises dans le même défaut, et s'il en est pris contre chacune d'elles séparément, les frais de ces défauts n'entreront point en taxe.

La loi exige donc, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, d'attendre l'échéance du plus long délai, pour prendre défaut à la fois contre tous les défaillants, et ne pas exposer des frais inutiles et frustratoires; on ne peut rien reprocher à une prescription aussi sage, et qui a été reprise par le projet de 1898 (1).

Nous avons étudié la théorie générale de la péremption du jugement par défaut, non exécuté

(1) L. II, t. VI, art. 3.

dans les six mois ; nous devons nous demander ici l'effet que produira à ce point de vue l'exécution contre l'un des codéfaillants.

Pour résoudre cette question, il faut distinguer le cas où aucun lien n'existe entre tous les défaillants, et celui où un lien de solidarité les unit.

1° Aucun lien n'existe entre les codebiteurs.

Si l'objet de la condamnation est divisible, il est évident que la prescription n'est interrompue qu'à l'égard de ceux contre lesquels le jugement a été exécuté dans les délais.

2° L'obligation est solidaire entre tous les défendeurs.

Ici la question est plus délicate. Deux thèses se trouvent en présence. Certains auteurs refusent à la péremption du jugement par défaut, le caractère de la prescription, car elle ne fait acquérir aucun droit, ni ne libère d'aucune obligation, l'action subsistant toujours ; le jugement qui est un titre s'il est exécuté pendant les six mois, perd cette qualité en cas contraire. Une action qui a pour objet une créance solidaire ne subsiste qu'à l'égard de celui des codebiteurs contre lesquels elle est dirigée ; le jugement obtenu contre un seul des codebiteurs ne peut être exécuté contre les autres ; il interrompt seulement la prescription à l'égard de tous ; il en doit être de même du jugement de

défait rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, il conserve sa force envers tous ceux contre lesquels il a été exécuté dans les six mois, mais il est périmé à l'égard des autres, ces derniers restent tenus solidairement, en vertu des articles 1206 et 2249, le jugement a interrompu envers eux la prescription, mais une nouvelle action doit être exercée pour obtenir une nouvelle condamnation (1).

Cette opinion devient de plus en plus rare, et si la jurisprudence des Cours et Tribunaux est restée très tard hésitante, celle de la Cour de cassation est depuis longtemps fixée en sens contraire (2). D'après cette jurisprudence et de nombreux auteurs, les articles 1206 et 2249 s'appliquent dans leur généralité à tous les genres de prescription ; or, la péremption établie par l'article 156 est une véritable prescription, par conséquent, l'exécution contre un des codébiteurs solidaires arrête la péremption à l'égard de tous les autres.

Nous concluons, du reste, avec M. Boncenne :
« Une prescription, quelque soit sa nature, n'est
« opposable qu'au créancier qui a négligé d'exer-
« cer son droit dans un délai prescrit, or, on
« peut alléguer que le créancier qui a fait exé-

(1) Carré, *Question* 645.

(2) *Req.* 7 déc. 1825 (D. P., 26, I, 20).

« couter son jugement sur l'un des codébiteurs
« solidaires n'a pas exercé tout son droit, car
« chacun d'eux est tenu de toute la dette, *cum in*
« *unà stirpe unaque fonte effluit* et la dette ne peut
« subsister pour l'un et ne subsister pas pour les
« autres, si vous obligez le créancier à consom-
« mer chez tous les actes rigoureux d'une exécu-
« tion, vous les aggraverez en réalité d'une
« masse énorme de frais, pour leur ménager en
« théorie la faveur de la péremption (1) ».

Lorsque la condamnation est indivisible entre les codéfaillants la péremption est toujours interrompue par l'exécution contre un seul des codébiteurs, en raison de la nature même de l'obligation qui ne peut exister à l'encontre de l'un des débiteurs sans exister à l'encontre des autres.

L'acquiescement par un des codébiteurs solidaires interrompera-t-il la prescription à l'égard des autres ?

L'acquiescement contre un des codébiteurs solidaires doit produire le même effet que l'exécution du jugement contre lui, de sorte que nous nous trouvons en présence des mêmes difficultés qu'en matière d'exécution à l'égard des codéfaillants et la même solution s'impose.

(1) Boncenne, p. 69.

(2) Carré, Q. 645 bis.

M. Carré distingue, suivant que cet acquiescement possède ou non la date certaine avant l'expiration du délai ; la majorité de la doctrine et de la jurisprudence repousse cette distinction ; la reconnaissance d'un des codébiteurs solidaires, perpétue l'obligation des autres en vertu de l'article 2249, il doit en être ainsi de l'acquiescement (1).

Effet de l'opposition par un codéfaillant à l'égard des autres codéfaillants non opposants.

Cette question est des plus complexes.

Une théorie s'est fait jour dans le droit moderne en matière de solidarité, c'est celle du mandat réciproque et tacite entre les codébiteurs solidaires ; certains auteurs poussant cette théorie jusqu'au bout, prétendent que l'opposition faite par un des codéfaillants entraîne la remise en état du procès à l'égard de tous les autres codéfaillants, et que la nouvelle sentence du juge est seule opposable à tous les codébiteurs solidaires, l'opposant ayant agi en leur nom.

Cette théorie du mandat considérée comme très utile, pour faire comprendre certains effets de la solidarité ne doit cependant pas, d'après quelques auteurs être poussée trop loin dans son application (2), la solidarité ne produit une indivisibilité

(1) Garsonnet, § 2216.

(2) Note de M. Tissier, sous un arrêt de la Chambre civile, 16 décembre 1891. S. 12, I, 81.

réelle, qu'au profit du créancier, mais à l'égard des débiteurs, les liens étant multiples ce qui est jugé contre l'un d'eux ne saurait nuire aux autres (1) ; par conséquent ce qui est jugé sur l'opposition, ne peut modifier à l'égard des autres codéfaillants, ce qui a été jugé la première fois. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1901, estime, tout en admettant le principe du contrat tacite, que cette règle ne s'applique pas au cas où tout les codébiteurs ayant été compris dans un seul jugement de condamnation, ont tous été mis en demeure de se défendre, chacun doit alors exercer ses voies de recours individuellement (2).

M. Garsonnet estime que l'opposition faite par un codéfaillant solidaire, ne profite aux autres que s'il oppose une exception réelle au jugement qui les a tous condamnés.

Pour notre part, nous pensons que l'opposition faite par un des codéfaillants solidaires, ne peut profiter aux autres que dans les cas où l'objet de la condamnation est indivisible.

(1) Duparquet, thèse, p. 233.

(2) D. P. 1901, I, 443.

§ 2. — Défaut profit joint.

Art. 153. — « Si, de deux ou plusieurs parties
« assignées, l'une fait défaut et l'autre compa-
« rait, le profit du défaut sera joint, et le juge-
« ment de jonction sera signifié à la partie dé-
« faillante par un huissier commis, la significa-
« tion contiendra assignation au jour auquel la
« cause sera appelée, il sera statué par un seul
« jugement qui ne sera pas susceptible d'oppo-
« sition. »

Cette disposition qui n'existait pas dans le texte de 1667 a été introduite dans la législation de l'ancien droit par le règlement du 28 juillet 1738 ; d'Aguesseau, dans la rédaction de ce règlement sur la procédure à suivre dans les affaires pendantes au conseil du roi, avait imaginé une règle différente de celle que l'on connaissait jusqu'alors ; lorsque, de plusieurs défendeurs assignés, l'un faisait défaut et l'autre comparait, un seul jugement rendu après plaidoirie du seul défendeur présent devait statuer sur l'intérêt de tous deux, il était réputé contradictoire et non susceptible d'opposition de la part du défaillant Cette règle avait été adoptée alors pour éviter le scandale de décisions contradictoires sur un même objet et parce qu'on considérait que le dé-

fendeur présent devait, dans une certaine mesure prendre la défense de l'absent (1).

C'est sensiblement la même règle qu'a suivie notre Code de procédure. Si, après l'expiration des délais d'ajournement, les défendeurs assignés ne comparaissent pas tous, le Tribunal rendra un premier jugement, dans lequel il donnera acte du défaut des non comparants et remettra à plus tard la décision sur le fond, il ordonnera la signification du jugement préparatoire avec réassignation par huissier commis, à jour fixe, un jugement statuera alors sur le fond, il ne sera pas susceptible d'opposition, même si les défendeurs réassignés continuent à faire défaut.

Les auteurs ont beaucoup discuté sur l'utilité de cette disposition.

Si cette exception à la règle du droit commun en matière de défaut n'existait pas, nous verrions le Tribunal rendre un jugement, à la fois contradictoire contre les parties comparantes, et par défaut contre les défaillants. Ce jugement définitif à l'égard des uns, serait susceptible d'opposition à l'égard des autres.

Il pourrait arriver que les opposants plus habiles à se défendre ou ayant en leur possession des moyens plus sérieux, fissent réformer le jugement à leur égard, alors qu'il

(1) Boitard, t. I, p. 287.

resterait dans son premier état à l'encontre des co-condamnés, nous nous retrouverions dans la même situation qu'en matière d'appel lorsqu'un seul des défendeurs exerce cette voie de recours.

Y aurait-il dans ce système un inconvénient sérieux ?

Certains auteurs le prétendent et soutiennent chaleureusement la rédaction du Code de procédure (1).

« Nous aurons, nous dit M. Boitard, entre les
« mêmes parties dans une cause identique éma-
« née d'un même Tribunal, deux décisions direc-
« tement opposées. C'est pour prévenir ce scan-
« dale judiciaire, si propre à infirmer la confiance
« qu'il est nécessaire d'imprimer aux décisions
« des Tribunaux, qu'intervient l'article 153 » (2).

Il voit un autre inconvénient fort dangereux pour le respect de la justice; le Tribunal qui a condamné une première fois le défendeur présent par une décision inattaquable, et, devant lequel le défaillant reportera à nouveau l'affaire par la voie de l'opposition, ne restera-t-il pas impressionné par son premier jugement et n'hésitera-t-il pas, malgré le bon droit de l'opposant, à réformer sa première sentence par une décision opposée.

(1) Regnard. *Organisation juridique et procédure civile en France*.

(2) Boitard, t. I, p. 287.

Pour éviter cet inconvénient, la loi a sanctionné, par un texte précis, l'injustice qu'auraient pu créer les juges en condamnant l'opposant malgré la preuve de son bon droit.

On ne peut pas nier l'inconvénient qu'il y aurait pour l'administration de la Justice à remettre en vigueur l'ordonnance de 1667, car l'esprit du justiciable est très porté à blâmer les magistrats, même lorsqu'ils sont justes et droits dans leurs sentences; et « si l'opinion publique est blessée
« lorsque, dans des causes analogues, les tribu-
« naux pensent d'une manière opposée, que
« sera-ce lorsque cette contrariété aura lieu dans
« la même cause, sur le même objet, sur des
« questions identiques ? — Cette opinion accu-
« sera l'injustice de la loi, l'imprévoyance du législateur et plus souvent l'ignorance, la négligence, la partialité du Juge » (1).

Mais, par contre, le système tel qu'il existait dans l'ordonnance de 1738 et tel qu'il existe dans notre Code, ne présente-t-il que des avantages ? Nous ne le croyons pas : si l'on peut estimer que le Code ouvre trop largement au défaillant le droit de demander aux juges la rétractation de leur première décision, on doit l'estimer trop sévère dans le cas présent ; s'il est seul défendeur, il peut, usant de ruses, paralyser longtemps

(1) Bellot, *Exposé des motifs*, p. 79.

l'action de son adversaire ; si, au contraire, les défendeurs assignés, avec lui comparaissent, tout recours lui est interdit alors même qu'il est de bonne foi.

La défense du défaillant est, disent certains auteurs, présentée par les comparants (1) ; oui, certes, si les intérêts sont les mêmes pour eux et les défaillants, mais il est possible, au contraire, que le comparant trouve sa défense dans l'accablement de l'absent ; il est possible qu'il soit de connivence avec le demandeur pour lui faire obtenir contre l'absent une condamnation qui l'épargnera lui-même, « la défense sera plus « apparente que réelle, plus faite pour nuire à la « cause que pour la faire valoir » (2).

D'après un troisième système, le jugement rendu entre les comparants et les défaillants ne devrait pas être définitif, mais susceptible d'opposition de la part de toutes les parties condamnées indistinctement ; on ne se trouverait plus, comme dans le système précédent, en présence de décisions opposées. On oppose non sans raison, à ce système, d'apporter une infraction à l'autorité de la chose jugée et de laisser toute liberté aux habitués de la procédure, de l'atermolement et de la ruse pour multiplier les oppositions, les discussions, et prolonger l'issue du procès, les

(1) Regnard, p. 426.

(2) Bellot, p. 77.

défendeurs de mauvaise foi peuvent s'entendre pour ne pas tous comparaître et se réserver ainsi la voie de l'opposition.

Le projet de 1898 a conservé le défaut profit joint et n'a modifié l'article 153 que sur un point secondaire, le premier jugement donnant acte du défaut et ordonnant la réassignation ne doit être ni levé ni signifié, il réalise une économie dans les frais, mais ne supprime rien des inconvénients (1).

M. de Rolland, dans son exposé des motifs du projet monégasque, se montre zélé défenseur du défaut profit joint.

M. Bellot, après avoir critiqué tous les systèmes que nous avons énoncé, se résout à prendre un moyen terme : « Le jugement rendu entre des « comparants et des défaillants restera ce qu'il « est réellement, contradictoire à l'égard des uns, « par défaut à l'égard des autres ».

Les défaillants seuls ont le droit de faire opposition, mais des deux cas cependant, le recours profite aux comparants.

1° Si le jugement qui l'admet repose sur des moyens communs, inconnus aux comparants ou dont la preuve dépendait des défaillants ;

2° Si l'objet de la condamnation est indivisible.

(1) *Projet*, t. VI, l. II, art. 4.

Ces dispositions sont très critiquées par M. Regnard :

« Le défaillant qui aura laissé passer le délai
« ne manquera jamais d'invoquer ces circonstan-
« ces, le demandeur les dénierá, et voici dans le
« procès, un second procès, d'une solution d'au-
« tant plus difficile qu'il repose sur une alléga-
« tion de faits, et qu'il ne peut se vider que sur
« des preuves testimoniales ; or les lois de la pro-
« cédure ne peuvent atteindre leur but qu'autant
« que l'instruction des affaires repose sur des
« actes authentiques et non sur des allégations
« contestables » (1).

Il est évident que les deux exceptions prévues par le Code de Genève, et surtout la première, sont de véritables nids à procès. Nous estimons cependant, ce système préférable à tous les autres ; il nous semble le plus juste ; mais, pour enrayer les discussions inutiles de la part de ceux qui ont comparu la première fois, il serait peut-être bon de ne point les admettre à plaider sur l'opposition des défaillants, et de laisser seulement aux magistrats le droit de leur accorder d'office le bénéfice de la seconde décision ; nous n'aurons plus ainsi à craindre les manœuvres des défenseurs de mauvaise foi avec tout l'arsenal des frais qu'une telle politique entraîne.

(1) Regnard, p. 426.

TITRE III

Défaut faute de conclure

Nous ferons à ce sujet une très courte observation, la suppression du défaut faute de conclure est admise aujourd'hui par tous les auteurs, mais c'est une de ces dispositions que tout le monde supprime, qui vit toujours, et qui vivra éternellement.

« En pratique, le procédé n'est employé que pour gagner du temps (1). »

Le projet de 1898 l'a retranché de la loi, et presque tous les projets ou codes étrangers l'ont exclu. Le Code allemand l'a cependant conservé, mais il applique les mêmes règles que pour le défaut faute de comparaître (2).

Il peut arriver que le défendeur, soit au moment de présenter sa défense dans l'impossibilité de le faire, le temps lui ayant fait défaut pour agir utilement; mais une simple remise de l'affaire par le Tribunal sera suffisante, sans qu'il n'y ait

(1) Raoul de la Grasserie, p. 54. — Glasson, *Réforme du Code de procédure*, p. 229.

(2) *Code allemand*, § 333.

lieu d'organiser une procédure spéciale, avec le droit à l'opposition.

S'il est juste de protéger le défendeur, par une voie de recours spéciale, toutes les fois qu'on peut craindre une surprise à son égard, il est dangereux d'ouvrir la voie de l'opposition à un individu qui a parfaitement connu l'instance, puisqu'il a constitué avoué, mais qui, pour obtenir des délais, s'est refusé à se défendre au débat.

Il nous reste à traiter maintenant, à propos du défaut faute de conclure, le défaut du demandeur, appelé dans la pratique défaut-congé.

Au début de notre travail, nous avons dit ce que nous pensions du défaut faute de comparaître de la part du demandeur ; voyons maintenant ce qu'il advient, lorsqu'après avoir fait assigner son adversaire, le demandeur ne soutient pas à la barre l'action qu'il a introduite. L'art. 154 prescrit que : « Le défendeur qui aura constitué avoué pourra, sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaitrait pas ».

Nous n'avons pas à revenir sur le mot comparaître, nous avons vu qu'il était ici synonyme du mot conclure, mais, quelle est dans ce cas la situation du défendeur ?

Il prend défaut par un seul acte, c'est-à-dire

qu'il dépose à la barre du Tribunal le placet aux lieu et place du demandeur; et, par des conclusions, requiert acte du défaut de son adversaire (1), le Tribunal doit alors prononcer le défaut immédiatement.

Le Tribunal doit-il également statuer au fond, c'est-à-dire examiner le bien fondé de la demande, condamner le défendeur, ou débouter son adversaire; doit-il, au contraire, se contenter de renvoyer la demande sans l'examiner?

Cette question est très controversée. A Rome, le magistrat devait simplement relaxer le défendeur de la demande, car la *litis contestatio* n'était pas liée, le contrat judiciaire restait imparfait, l'affaire était rayée, mais le demandeur restait libre d'exercer à nouveau son action. La même procédure était suivie dans notre droit du xvi^e siècle. Sous l'ordonnance de 1667, quelques discussions surgirent sur l'interprétation de l'art. 4 du titre XIV; il disait, qu'au cas de défaut du demandeur, le défendeur serait déclaré absous; certains auteurs crurent voir une innovation, ils pensèrent que le mot absous signifiait relaxé non seulement de l'instance, mais de l'action elle-même; la majorité l'interpréta, au contraire, dans le sens de l'ancienne pratique.

M. Boncenne considère que notre Code de pro-

(1) Garsonnet, § 2198. — Bioche, n^o 104. — M. Boitard, p. 290.

cédure n'a rien modifié aux règles suivies antérieurement (1). L'art. 150 a donné expressément au juge le pouvoir de vérifier les conclusions du demandeur qui comparait seul, mais l'article 154 qui régit le défaut du demandeur, ne contient aucune disposition semblable; il permet simplement au défendeur de prendre défaut, c'est-à-dire demander la constatation de l'absence de son adversaire et la relaxe de l'instance. L'article 434 sur la procédure commerciale vient appuyer cette thèse en disant : « Le Tribunal donnera défaut et renverra le demandeur de sa demande. »

Le défaut du demandeur doit être considéré comme un désistement d'instance accepté par le défendeur; le magistrat ne peut que donner acte de ce désistement. L'action n'est pas éteinte, le demandeur peut toujours la renouveler. (2)

Cette théorie est contestée. M. Chauveau donne au défendeur le droit de demander simplement qu'on lui donne sa liberté, mais alors rien n'est jugé, le silence du demandeur est un désistement que le défendeur accepte. Le défendeur peut, au contraire, demander justice, *prendre défaut*, c'est-à-dire faire vider le litige, le Tribunal devra juger l'affaire au fond. Le mot *défaut* est très significatif, il entraîne également l'adjudication des conclusions, les articles 150 et 434 ont, en outre,

(1) Boncenne, t. III, p. 15.

(2) Boncenne, t. III, p. 16. — Bioche, n° 406.

parlé de l'adjudication des conclusions pour confirmer la nécessité d'une vérification de ces conclusions.

D'après cette opinion, l'article 434 apporte une exception en faveur du commerce ; il permet au défendeur de se faire libérer de la demande par un jugement, sans faire juger au fond. Ce jugement sera sérieux et non un simple relaxe de l'instance.

La jurisprudence semble, avec quelques auteurs, admettre la théorie suivante :

Si le défendeur se contente de demander défaut, le Tribunal doit simplement lui donner acte du désistement du demandeur et le relaxer de l'instance, il a même été jugé que la seule constatation du défaut est un motif suffisant pour le jugement qui repousse la demande (1).

Mais le défendeur peut, s'il le désire, faire trancher la question au fond et même déposer une demande reconventionnelle.

Le défaut-congé est-il susceptible d'opposition ?

D'après la première théorie que nous venons d'exposer, l'opposition ni l'appel ne sont jamais possibles, puisqu'il n'y a pas eu de jugement, mais simple relaxe d'instance, le demandeur, du reste, pourra toujours renouveler son action.

Dans le second système, l'opposition est tou-

(1) Cass., 1^{er} août 1892 (S. 92, I, 520).

jours possible et même nécessaire pour le demandeur qui ne peut plus exercer son action, l'affaire ayant été déjà jugée.

La jurisprudence exige toujours du demandeur, s'il veut faire juger à nouveau sa demande, une opposition ou un appel, même en cas de simple relaxe.

Nous condamnons complètement l'opposition en matière de défaut faute de conclure. Il n'en reste pas moins à rechercher l'effet que doit produire le silence du demandeur après le délaissement de l'assignation.

Le projet 1898 régleme dans deux articles, l'effet du défaut congé.

Le défendeur peut avant d'avoir fourni ses défenses, en comparaisant au jour indiqué dans les affaires dispensées d'écritures préalables, ou après avenir donné à l'adversaire dans les autres affaires, demander jugement de défaut congé, laissant à la charge du demandeur trop peu diligent, les frais du défaut. Ce jugement ne peut pas être susceptible d'opposition, mais l'assignation conserve sa valeur au point de vue de l'interruption de la prescription.

Le défendeur peut, après avoir fourni ses défenses, et le délai de réponse expiré, choisir entre deux partis : 1° poursuivre l'audience par un avenir et demander congé pur et simple; faire statuer au

fond sur la demande et même sur ses conclusions reconventionnelles, le cas échéant.

Jamais le jugement n'est susceptible d'opposition.

Le Code de Genève ordonne la libération des conclusions prises contre le défendeur et autorise ce dernier à se faire adjuger ses demandes reconventionnelles (1) ; quant au droit d'opposition, il semble toujours réservé au demandeur défaillant. En effet, le titre du défaut est divisé en deux sections : la première traite uniquement des conditions générales du défaut ; la seconde traite de l'opposition en général, sans distinguer entre le demandeur et le défendeur.

Le Code allemand manque de précision ; il déclare que le Tribunal doit prononcer le défaut sur conclusions, le demandeur devant être alors débouté de son action (2) ; mais, est-ce un congé définitif ?

Doit-on simplement renvoyer le défendeur de la demande ou lui adjuger ses conclusions ? Le Code ne précise pas. M. Pollak, dans son ouvrage sur le Code autrichien, déclare que le demandeur est traité, en Allemagne, plus durement que le défendeur, et que la législation allemande, au

(1) *Genève*, art. 123.

(2) *Code allemand*, art. 320.

contraire du droit saxon, n'admet pas contre le demandeur une simple *absolutio instantia* n'empêchant pas de revenir à nouveau devant le Tribunal ; le défendeur a donc le droit de demander par ses conclusions le débouté de l'action de son adversaire défaillant.

Le droit d'opposition lui est du reste réservé.

Le Code autrichien met sur le même rang le demandeur et le défendeur, le Tribunal adjuge les conclusions de l'un ou l'autre comparant, en les tenant pour vraies si elles ne sont pas contredites par les éléments eux-mêmes (1).

Le projet monégasque se contente d'accorder au défendeur le congé de la demande et de condamner le demandeur aux dépens. Le demandeur pourra toujours renouveler son action après avoir consigné les dépens du défaut-congé (2).

Le simple relaxe de l'assignation sous examen du fond, paraît à M. de Rolland (3), le meilleur système à adopter, il lui semble « très difficile » qu'un tribunal puisse faire bonne justice en

(1) *Code autrichien*, art 396.

(2) Art. 209. — Si le demandeur ne comparait pas, le Tribunal accordera au défendeur congé de la demande et condamnera le demandeur aux dépens.

Le demandeur ne pourra renouveler son action qu'après avoir consigné au greffe le montant des dépens auquel il aura été condamné.

(3) De Rolland, *Exposé des motifs*, p. 155.

« statuant sur le fond ». Il refuse d'une façon très nette l'opposition au demandeur défaillant dont le seul moyen est de recommencer l'action négligée par lui. M. de Rolland ne fait du reste sur ce point que copier le projet Belge (1).

Le Codé italien permet au défendeur de faire déclarer la contumace de son adversaire aux fins d'obtenir l'absolution de l'instance et même de l'action (2).

Pour lequel de tous ces systèmes est-il préférable d'opter ?

Doit-on n'accorder au défendeur que le relaxe de l'instance ? Doit-on, au contraire lui permettre de faire juger l'affaire au fond, et d'obtenir à l'encontre de son adversaire une décision ayant la force de la chose jugée.

Nous pensons qu'il est nécessaire de laisser au défendeur le choix entre ces deux solutions. Il a obéi à l'assignation qui lui a été délivrée, il s'est dérangé et ne rencontre personne, il y a faute grave de la part du demandeur, et il n'est pas

(1) *C. belge*, l. I, t. III, art. 2. — Si le demandeur fait défaut, le Tribunal accordera au défendeur congé de la demande et condamnera le demandeur aux dépens.

Le demandeur ne pourra de nouveau former la demande qu'après avoir payé ou consigné le montant des dépens auxquels il a été condamné.

(2) Allard, *Examen du Code de procédure civile du royaume d'Italie*, III^e partie, § XXIV.

(3) Raoul de la Grasserie, p. 56.

suffisant de le punir comme le font les projets Belge et Monégasque par la condamnation aux dépens ; il faut aller plus loin et autoriser le défendeur qui accepte le débat à faire trancher immédiatement le différend.

Si le défendeur, au contraire, préfère rester dans le *statu quo*, la loi doit le lui permettre ; il doit pouvoir demander à être simplement relaxé de l'instance introduite contre lui, et faire condamner son adversaire aux dépens. L'action, il est vrai, restera, dans ce cas, pleine et entière aux mains de son adversaire, qui pourra le citer à nouveau, il sera dans une plus mauvaise situation que s'il avait adopté le moyen précédent, mais il peut trouver avantage dans cette détermination.

Le demandeur, non seulement n'a pas accompli son devoir, mais il est coupable d'une faute grave envers la société, il trouble l'administration de la justice ; loin de lui accorder le droit d'opposition, il serait juste de le condamner à une amende, en sus des dommages-intérêts qu'il peut devoir à son adversaire.

TITRE IV

Frais du jugement par défaut

Le Code de 1806 ne donne, à ce sujet, aucune solution particulière; nous devons donc suivre la règle générale. --

L'article 130 du Code met à la charge de la partie qui succombe tous les dépens du jugement (1).

L'article 131 prévoit quelques exceptions, il autorise la compensation des dépens « entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs ou alliés au même degré », ou entre des parties n'ayant aucun lien de parenté, « si elles succombent respectivement sur quelques chefs ». Par conséquent, si le demandeur succombe seul, dans le jugement rendu sur opposition, il supporte tous les frais, même ceux exposés par l'opposition de son adversaire.

Si le demandeur a été de mauvaise foi, ou du moins imprudent dans l'introduction de son instance, tandis que son adversaire de bonne foi a ignoré la procédure, il est assez naturel de faire

(1) Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.

supporter les conséquences du procès par l'auteur de la faute.

Malheureusement, le fardeau des frais n'est pas, en matière de défaut toujours aussi justement porté, n'y aurait-il pas lieu d'introduire une règle différente de celle du droit commun. C'est actuellement l'opinion de presque tous les auteurs ou législateurs modernes (1), les frais occasionnés par le défaut doivent être supportés entièrement par le défaillant, même s'il gagne son procès, à moins qu'il puisse prouver que le défaut a été indépendant de sa volonté.

C'est le principe que nous trouvons dans le projet français (2), dans le Code allemand (3) et le projet monégasque (4).

Les Codes de Genève (5) et d'Autriche (6) les mettent toujours à la charge de l'opposant, quelle que soit l'issue du procès. Le Code de Genève exige même la consignation préalable des frais frustratoires occasionnés par le défaut régulièrement obtenu.

Si nous nous en tenons à notre principe du devoir de comparaître, nous devons conclure que toujours le défaillant doit supporter les consé-

(1) Bordeaux, p. 518. — Regnard, p. 427.

(2) *Projet du Code français*, art. 14.

(3) *Code pr. allemand*, art. 344.

(4) *Projet monégasque*, art. 230.

(5) *Code de Genève*, art. 145.

(6) Pollak, p. 468.

quences de la faute qu'il a commise en ne comparaisant pas.

Nous ne devons cependant pas oublier que nous faisons de l'opposition, une exception, nous ne permettons de l'ouvrir que dans le cas où il est impossible au demandeur, de prouver la connaissance par son adversaire, de la procédure en cours, nous présumons donc dans les cas où l'opposition est ouverte, que le défaillant est de bonne foi ; doit-on dans ces conditions lui faire supporter les frais du défaut ?

Nous croyons qu'il est préférable de ne pas donner une règle ferme ; il serait bon de laisser au Tribunal la liberté d'apprécier l'opportunité qu'il y a de faire supporter les frais du défaut, par l'opposant qui gagne son procès, ou de les laisser à la charge du perdant.

TITRE V

Appel des jugements de défaut

Le législateur de 1806 a admis le principe de l'appel des jugements de défaut en matière civile; cette voie de recours est régie par les articles 443 (1) et 455 (2) qui font partir les délais d'appel du jour où l'opposition n'est plus recevable, et ne permettent pas l'appel pendant les délais d'opposition.

Un justiciable peut donc par ce moyen éviter le premier degré de juridiction, et se faire juger directement devant la Cour d'appel, il fait défaut devant les premiers juges, attend que les délais d'opposition soient expirés et fait appel de la première sentence, « il supprime ainsi les garanties légales de l'examen successif de chaque cause par deux tribunaux (3).

(1) Art. 443. — « Pour le jugement par défaut au jour où l'opposition ne sera plus recevable. »

(2) Art. 455. — « Les appels des jugements susceptibles d'opposition ne seront point recevables pendant la durée du délai pour l'opposition. »

(3) Tissier, *Centenaire du Code de procédure. Revue trimestrielle de droit civil*, année 1906, p. 643.

Le droit romain suivant la règle, *contumax non appellat*, refusait l'appel au défaillant, de même l'ordonnance de 1539 (1), l'ordonnance de 1667, n'a pas tranché la question, puisqu'elle refusait le droit d'opposition aux jugements en premier ressort. Le décret des 18-26 octobre 1790 (2) sur les Juges de Paix conserva le principe, le Code de 1806 est le premier qui a accordé l'appel en matière de jugement de défaut, non frappé d'opposition.

Le Code de Genève est revenu à la règle « *contumax non appellat* » (3) tandis que le projet du Code de procédure français n'a apporté aucune modification aux articles 443 et 455. Nous sommes, pour notre part, étonnés que l'on conserve dans un nouveau Code cette disposition complètement contraire au principe de la hiérarchie judiciaire.

L'appel ne doit être accordé au défaillant qu'à partir du moment où les magistrats ont statué sur sa demande en rétractation; jusqu'à ce jour, il ne peut dire qu'il est mécontent de leur jugement, puisqu'il ne leur a pas permis d'examiner ses moyens de défense.

(1) Ordonnance de 1539, art. 28.

(2) Décret 18-26 octobre 1790, t. III, art. 4.

(3) Genève, art. 341. *Exposé des motifs*, de M. Bellot, p. 157.

CONCLUSIONS

Par cette étude critique de notre Code de 1806 sur la procédure par défaut, nous voyons qu'en maints endroits notre Code est confus, qu'il conduit, dans la pratique, aux difficultés les plus complexes; il se montre beaucoup trop large à l'égard du défaillant. Il favorise ainsi les individus de mauvaise foi qui, connaissant à merveille ce titre du défaut, arrivent souvent à frauder leurs créanciers en retardant indéfiniment l'exécution des sentences obtenues à leur encontre.

Cette réforme du défaut peut se faire indépendamment de la réforme générale du Code de procédure, et le législateur aurait certainement pu déjà mettre un frein aux abus que nous venons d'indiquer, et qui, nous l'espérons, disparaîtront dans un avenir maintenant prochain.

Vu par le président de la thèse,
ALBERT TISSIER.

Vu par le doyen,
P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer,
le vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- ALLARD. — Examen critique du Code de procédure civile du royaume d'Italie.
- ALLARD. — Projet de révision du Code de procédure de Belgique.
- BELLOT. — Loi de la procédure civile du canton de Genève.
- BIOCHE. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale, IV. Jugement par défaut.
- BOITARD. — Leçons de procédure civile, 13^e édition, 1879, t. I.
- BONCENNE. — Procédure civile, 1839, t. III.
- BORDEAUX. — Philosophie de la Jurisprudence civile et de la réformation de la Justice.
- BOUTEILLER. — Somme rurale.
- BRISSON. — Rapport sur le titre VI, 21 décembre 1885. *Journal officiel* du 29 décembre.
- CARPENTIER. — Loi du 18 avril 1886 et la Jurisprudence en matière de divorce.
- CHARDON. — Réformes désirables dans la procédure.
- CARRÉ-CHAUVEAU-DUTRUC. — Lois de procédure civile et commerciale.
- Code de procédure civile allemand.
- Code de procédure civile autrichien.
- CUQ. — Institutions juridiques du droit romain.
- DUBOIS. — Procédure par défaut, thèse, Caen 1903.
- DUPARQUET. — L'Opposition, thèse, Paris 1896.
- ESMEIN. — Chose jugée dans le droit de la monarchie française.
— Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1887.
- FOURNIER. — Officialités au moyen-âge.
- FRANQUEVILLE. — Système judiciaire de la Grande-Bretagne, t. II.
- GIRARD. — Traité élémentaire de droit romain.
- GARSONNET. — Traité de procédure, 11^e édition, t. VI.
- GLASSON. — Les sources de la procédure civile française.

- GLASSON. — Codification au XIX^e siècle. — *Revue politique et parlementaire*, novembre 1894.
- GLASSON. — Code de procédure civile allemand.
- GLASSON. — La réforme du Code de procédure. — *Revue générale du droit et sciences politiques*.
- GLASSON. — Histoire du droit français.
- GLASSON. — Précis de procédure civile.
- GRASSERIE (Raoul de la). — Étude critique sur le projet de révision du Code de procédure civile 1898 et sur la réforme de la procédure. — *Extrait des lois nouvelles*.
- IZAMBERT. — Recueil général des anciennes lois françaises, t. XII, XVIII.
- LAVIELLE. — Études sur la procédure civile. — Nécessité de réviser le Code de procédure.
- LOCRÉ. — Esprit du Code de procédure, t. I.
- POLLAK. — System des Oesterreichischen Zivilprocessrechtes mit Anschluss des Executionsrechtes, t. I.
- POTHIER. — Procédure civile.
- Projet du Code de procédure civile, année 1898. — Annexe du procès-verbal de la séance du 25 octobre 1898.
- REGNARD. — Organisation judiciaire et de la procédure civile en France.
- RICHÉ. — Rapport sur le projet de loi relative à l'ordre.
- ROLLAND (Hector de). — La réforme du Code de procédure civile de la principauté de Monaco.
- SELIGMAN. — Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique les réformes dont notre Code de procédure est susceptible ?
- SELVES. — Mort aux procès, Paris 1844.
- SELVES. — Tableau de désordres dans l'administration de la Justice.
- TISSIER. — Centenaire du Code de procédure. — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906.
- TISSIER. — Le projet de réforme du Code de procédure italien. — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1910.
- ZÉGLICKI. — Procédure civile. — Projet de réforme.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	1
TITRE I	
Définition du jugement par défaut.....	3
TITRE II	
Défaut faute de comparaître.....	9
CHAPITRE I	
NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE DÉFAUT FAUTE DE COMPARAÎTRE...	9
CHAPITRE II	
UN SEUL DÉFENDEUR	
§ 1. — Procédure jusqu'au jugement.....	32
§ 2. — Signification des jugements par défaut.....	49
§ 3. — Exécution et péremption des jugements par défaut..	54
§ 4. — De l'opposition.....	75
CHAPITRE III	
PLUSIEURS DÉFENDEURS	
§ 1. — Tous les défendeurs font défaut.....	121
§ 2. — Défaut profit joint.....	127
TITRE III	
Défaut faute de conclure.....	135
TITRE IV	
Frais du jugement par défaut.....	145
TITRE V	
Appel des jugements par défaut.....	148
CONCLUSIONS.....	150
BIBLIOGRAPHIE.....	151

